البناية في شرح الهداية

الجزء الثانى عشر

للشيخ المحدث الفقيه

بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢ هـ ـــــ ٨٥٥ هـ

صححه وحققه وعلق عليه

الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره

١٣٤٠ هـ ـــــ ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية

ملتان ○ پاکستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي منّ علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا مسعود احمد ابن مولانا فيض احمد الملتاني

الجزء الثاني عشر

طباعت ۔۔۔۔فیصل فدا پرنٹنگ پریس ملتان ۔فون 061-4570046

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء الثاني عشر من البناية شرح الهداية

العنوان	الصفحة

العنوان	الصفحة
القوصرة	
من أقر بدابة فى اصطبل لزمه الدابة خاصة	٢٧٥
فصل فى مسائل الحمل	٢٧٩
باب الاستثناء و ما فى معناه	٢٨٢
من استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء و لزمه الباقى	٢٨٢
ان استثنى الجميع لزمه الاقرار و بطل الاستثناء	٢٨٣
من أقر بحق و قال إن شاء الله تعالى متصلا باقراره لا يلزمه الاقرار	٢٨٥
من أقر بدار و استثنى بناءها لنفسه فللمقرله الدار و البناء	٢٨٧
لو قال له علىّ ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضتنى ألف درهم ثم قال هى زيوف أو نبهرجة و قال المقرله جياد لزمه الجياد	٢٩٢
لو قال لفلان علىّ ألف درهم زيوف و لم يذكر البيع و القرض الخ	٢٩٥
باب إقرار المريض	٣٠٢
إذا أقر الرجل فى مرض موته بديون و عليه ديون فى صحته و ديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة الخ	٣٠٣
لو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية ورثته	٣٠٧
تحقيق العلامة العثمانىّ فى إعلاء السنن	٣٠٧
تحقيق حديث لا وصية لوارث و لا إقرار له بالدين	٣١١
فصل فى بيان الاقرار بالنسب	٣١٤
من أقر بغلام يولد مثله لمثله و ليس له نسب معروف الخ	٣١٤
يجوز إقرار الرجل بالوالدين و الولد و الزوجة و المولى	٣١٦
من أقر بنسب من غير الوالدين و والولد الخ	٣١٧
من مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه	٣١٩
كتاب الصلح	٣٢١
الصلح على ثلاثة أضرب الخ	٣٢٢
حديث كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا	٣٢٢
فان و قع الصلح عن إقرار أعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات الخ	٣٢٤
الصلح عن السكوت و الانكار فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين و قطع	٣٢٥

العنوان	الصفحة

تم الفهرس

كتاب الوكالة

(كتاب الوكالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوكالة وجه (١) المناسبة بينه و بين كتاب الشهادات من حيث أن كلا منهما إعانة الغير واجباً حقه و الوكالة (٢) بكسر الواو و فتحها التفويض و التسليم من وكل اليه الامر إذا فوضه اليه و يقال الوكالة لغة الحفظ و منه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحافظ و هو اسم للتوكيل من وكله يوكله توكيلاً و التوكل (٣) إظهار العجز و الاعتماد على الغير و الإسم التكلان و الوكيل القائم بما فوض إليه و الجمع الوكلاء فكأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر أى مفوض اليه و معناها شرعاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم و ركنها لفظ وكلت و أشباهه و روى بشرٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقني أو شئت أو أردت أو وددت فذلك توكيل و أمر بالبيع و شرطها أن يملك الموكل التصرف و يلزمه الاحكام كما سيجيء إن شاء الله تعالى و حكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه و صفتها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل و الوكيل العزل بدون رضى صاحبه و سببها ما هو السبب في سائر المعاملات و هو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها و مشروعيتها بالكتاب و هو قوله تعالى ﴿فابعثوا (٤) أحدكم بورقكمَ هذه إلى

---

(١) وجه المناسبة الخ و فى فتح القدير: أعقب الشهادة بالوكالة لأن كلا من الشاهد و الوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره من الموكل و المدعى معتمد عليه كل منهما اه و فى العناية: عقب الشهادات بالوكالة لأن الانسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه إلى تعاضد و تعاوض و الشهادات من التعاضد و الوكالة منه و قد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها اه و فى البعدية: الشهادة من التعاضد المامور به دون الوكالة فانها عقد جائز فاستحقت التاخير. (٢) و الوكالة الخ راجع للبحث اللغوى تاج العروس و لسان العرب و فى البدائع ص١٩ ج٦ التوكيل إثبات الوكالة و الوكالة فى اللغة تذكر و يراد بها الحفظ قال الله عزوجل و قالوا حسبنا الله و نعم الوكيل أى الحافظ و قال تبارك و تعالى لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا قال الفراء أى حفيظا و تذكر و يراد بها الاعتماد و تفويض الأمر قال الله تعالى و على الله فليتوكل المتوكلون و قال الله تعالى عزوجل خبرا عن سيدنا هود عليه الصلاة و السلام أنى توكلت على الله ربى و ربكم أى اعتمدت على الله و فوضت أمرى إليه و فى الشريعة يستعمل فى هذين المعنيين أيضا على تقرير الوضع اللغوى و هو تفويض التصرف و الحفظ إلى الوكيل و لهذا قال أصحابنا رحمه الله تعالى إن من قال لآخر وكلتك فى كذا انه يكون وكيلا فى الحفظ لأنه أدنى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه. (٣) التوكل الخ هذا فى عرف اللغة و عند أهل الحقيقة هو الثقة بما عند الله تعالى و اليأس مما فى أيدى الناس و يقال المتوكل على الله الذى يعلم أن الله تعالى كافل رزقه و أمره فيركن إليه وحده و لا يتوكل على غيره كذا فى التاج مادة وكل. (٤) فابعثوا الآية الكهف: ١٩.

قال كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره

المدينة﴾ و لم يلحقه النكير و بالسنة و هو ما روى أن النبي ﷺ وكل (١) حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه بشراء الاضحية و عروة البارقي رضى الله تعالى عنه به ايضاً و عمرو (٢) بن أمية رضى الله تعالى عنه لقبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان رضى الله تعالى عنهما و أبا رافع (٣) لقبول نكاح ميمونة رضى الله تعالى عنها و باجماع الامة على جوازها من لدن رسول الله ﷺ الى يومنا هذا و كذا المعقول يدل عليه إذ الإنسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه للسفر و قد يعجز عن التصرف في ماله إما لقلة هدايته أو لكثرة أشغاله أو لكثرة ماله أو لضعفه أو لوجاهته لا يتولى الامور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها (قال) أي القدوري (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به و ما لا يجوز و اعترض عليها بأنها غير مطردة و منعكسة أما الأول فلأن الإنسان جاز له ان يستقرض بنفسه و التوكيل به باطل و الوكيل يعقد بنفسه و إذا وكل غيره و لم يؤذن له في ذلك لا يجوز له و الذمى اذا وكل مسلماً في الخمر لم يجز و جاز أن يعقد الذمى بنفسه فيها و أما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر و شراء ها بنفسه و لو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف و ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض و الامر بالتصرف

(١) وكل حكيم رضى الله تعالى عنه الخ سيجئ تخريج حديث حكيم رضى الله تعالى عنه و حديث عروة رضى الله تعالى عنه. (٢) وكل عمرو بن أمية رضى الله تعالى عنه الخ قال البيهقى فى المعرفة: روينا عن أبى جعفر محمد بن على أنه حكى ذلك و لم يسنده البيهقى فى المعرفة و كذا حكاه فى الخلافيات بلا إسناد و أخرجه فى السنن من طريق ابن اسحاق حدثنى أبوجعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن امية الضمرى إلى النجاشى فزوجه ام حبيبة ثم ساق عنه أربعمائة دينار و اشتهر فى السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلى النجاشى فزوجه أم حبيبة و هو يحتمل أن يكون هو الوكيل فى القبول أو النجاشى و ظاهر ما فى أبى داود و النسائى أن النجاشى عقد عليها عن النبى ﷺ و ولى النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما فى المغازى و قيل عثمان بن عفان و هو وهم كذا فى التلخيص الحبير فى الوكالة ص ٥٠ ج٣. (٣) وكل أبا رافع رضى الله تعالى عنه الخ أخرجه مالك رحمه الله تعالى فى المؤطا و الشافعى عنه عن ربيعة عن سليمان بن يسار مرسلا أنه بعث أبا رافع مولاه و رجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث و هو بالمدينة قبل أن يخرج و وصله أحمد و الترمذى و النسائى و ابن حبان عن سليمان عن أبى رافع أن النبى ﷺ تزوج ميمونة حلالا و بنى بها و كنت انا الرسول بينهما و تعقبه ابن عبد البر بالانقطاع بأن سليمان لم يسمع من أبى رافع رضى الله تعالى عنه لكن وقع التصريح بسماعه منه فى تاريخ ابن أبى خيثمة فى حديث نزول الابطح و رجح ابن القطان اتصاله و رجح أن مولد سليمان سنة سبع و عشرين و وفاة أبى رافع سنة ست و ثلاثين فيكون سنة ثمان سنين أو اكثر. (تنبيه) الرجل الانصارى المبهم يحتمل تفسيره بأوس بن خولى =>

لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة و قد صح أن النبي عليه الصلاة و السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه

في ملك الغير باطل و في الذخيرة و لو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة بأن قال أرسلني إليك فلان يستقرض منك كذا ففعل المقرض تكون الدراهم للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه و لو أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن قال أقرضني عشرة فالعشرة للوكيل و له أن يمنعها من الآمر لأن التوكيل بالاستقرا باطل بخلاف الرسالة و المراد من قوله أن يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبداً به و الوكيل ليس كذلك و الذمى جاز له توكيل المسلم و الممتنع توكل المسلم عنه و ليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكل و إن صح التوكيل و قد وجد المانع و هو حرمة اقترابه منها و الجواب عن الثاني بأن العكس غير لازم و ليس بمقصود (لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال) بأن يكون مريضاً أو شيخاً فانياً أو ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه و التوكيل صحيح بدون هذه العوارض لأن حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة و بهذا يجاب عما قيل بأن قوله لأن الانسان قد يعجز دليل أخص من المدلول و هو جواز الوكالة فإنها جائزة و ان لم يكن ثمة عجز أصلا و تقرير الجواب بأن ذلك بيان حكمة الحكم و هي تراعى في الجنس لا في الإفراد و يجوز أن يقال ذكر الخاص و أراد العام و هو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة و هو مجاز شائع و حينئذ يكون المناط هو الحاجة و قد توجد بلا عجز (فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه) أي من التوكيل (دفعاً للحاجة) أي لأجل دفع الحاجة (و قد صح أن النبي ﷺ وكل بالشراء حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه) هذا رواه (١) أبوداودؒ في سننه حدثنا محمد بن كثير العبدى انا سفيان حدثني أبوحصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشترى له أضحية فاشتراها بدينار و باعها بدينارين فرجع و اشترى أضحية بدينار و جآء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ

=> فقد روى الواقدى و فيه ما فيه من طريق على بن عبد الله بن عباس قال: لما أراد رسول الله ﷺ الخروج إلى مكة بعث أوس بن خولى و أبا رافع إلى العباس فزوجه ميمونة كذا في التلخيص الحبير ص٥٠ ج٣. (١) رواه أبوداودؒ في البيوع باب في المضارب يخالف ص١٢٤ ج٢ و الترمذىؒ فيه في باب بعد باب ما جآء في اشتراط الولاء و الزجر عن ذلك ص١٥١ ج١.

....

و دعا له أن يبارك له في تجارته و في إسناده مجهول و رواه الترمذيّ حدثنا أبو كريب ثنا أبوبكر ابن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه فذكره و قال لا نعرفه إلا من هذا الوجه و حبيب لم يسمع عندي من حكيم رضى الله تعالى عنه انتهى و هذا كما رأيت رواية أبي داودّ فيه مجهول و رواية الترمذيّ منقطع فكيف (١) يكون صحيحا حتى يقول المصنفّ و قد صح و لكن يمكن أن يستدل هنا بحديث عروة البارقي رضى الله تعالى عنه فإن البخاريّ (٢) أخرجه في صحيحه فقال حدثنا علي بن عبد الله ثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال سمعت (٣) الحي يتحدثون عن عروة هو البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشترى له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار و جآء ه بدينار و شاة فدعا له بالبركة في بيعه و كان لو اشترى التراب لربح فيه فإن (٤) قلت قالوا البخاريّ ربما أخرجه لغير الاحتجاج به و ذكروا فيه

(١) فكيف يكون صحيحا؟ قلت حديث حكيم رضى الله تعالى عنه روى من وجهين و المرسل إذا تعدد مخرجه حجة عند الكل كذا في الاعلاء. (٢) البخاريّ أخرجه في بدء الخلق قبل باب فضائل أصحاب النبى ﷺ ص٥١٤ ج١ و أبوداودّ في البيوع باب في المضارب يخالف ص١٢٤ ج٢ و الترمذيّ فيه في باب بعد باب ما جآء في اشتراط الولاء الخ ص١٥١ ج١. (٣) سمعت الحى أى قبيلته المنسوبين إلى بارق نزله بنو سعد بن عدى بن حارثة بن عمرو بن عامر مزيقاء و هذه العبارة تقتضى أن يكون سمعه من جماعة و أقلهم ثلاثة كذا في العمدة ص١٦٥ ج١٦. (٤) فان قلت الخ قال الحافظ العينيّ في عمدة القارى ص١٦٥ج١٦ تحت هذا الحديث: قال الخطابيّ و البيهقيّ و آخرون هذا الحديث غير متصل لأن أحدا من الحى لم يسم و في التوضيح و فيه جهالة الحى كما ترى فهو غير متصل و الشافعيّ توقف فيه في بيع الفضولي و قال إن صح قلت به كذا في البويطي و حكى المزنيّ عن الشافعيّ انه حديث ليس بثابت عنده قال البيهقيّ و انما ضعفه الشافعيّ لأن شبيب بن غرقدة رواه عن الحى و هم غير معروفين و في موضع آخر انما قال الشافعيّ لما في اسناده من الارسال و هو أن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة البارقى انما سمعه من الحى يخبرونه عنه و قال في موضع آخر الحى الذى أخبر شبيب بن غرقدة عن عروة لا نعرفهم و ليس هذا من شرط أصحاب الحديث في قبول الأخبار و قال المنذريّ في اختصاره للسنن تخريج البخاريّ لهذا الحديث في صدر حديث الخير معقود في نواصي الخيل يحتمل أن يكون سمعه من على بن المديني على التمام فحدث به كما سمعه و ذكر فيه إنكار شبيبّ سماعه من عروة رضى الله تعالى عنه حديث الشاة و انما سمعه من الحى عن عروة و انما سمع من عروة رضى الله تعالى عنه قوله ﷺ "الخير معقود بنواصي الخيل" و يشبه أن الحديث لو كان على شرطه لأخرجه في البيوع و الوكالة كما جرت عادته في الحديث الذى يشتمل على أحكام أن يذكره في الأبواب التى تصلح له و لم يخرجه هنا و ذكر بعده حديث الخيل من رواية ابن عمر و انس و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهم فدل ذلك على أن مراده حديث الخيل فقط إذ هو على شرطه و قد أخرج مسلمّ حديث شبيب بن غرقدة عن عروة مقتصرا على ذكر الخيل و لم يذكر حديث الشاة انتهى قلت قوله فدل ذلك أن مراده حديث الخيل فقط إذ هو على شرطه فيه نظر لأنه لو كان الأمر كما ذكره يعكر عليه ذكره =>

كلاماً كثيراً قلت قال ابن العربيّ إنه حديث صحيح و قال الترمذيّ و قد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث و قالوا به و هو قول احمد و اسحاق رحمهما الله تعالى و كفى بهذين الإمامين حجة و حكيم (١) بن حزام رضى الله تعالى عنه بكسر الحاء المهملة و بالزاي ابن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي و يكنى أبا خالد أسلم يوم الفتح و شهد مع رسول الله ﷺ حنينا و كان من وجوه قريش و أشرافها و عاش في الجاهلية ستين عاماً و في الإسلام ستين عاماً و مات بالمدينة في خلافة معاوية رضي الله تعالى عنه سنة أربع و خمسين و هو ابن مائة و عشرين سنة و ذهب

=> بين أبواب علامات النبوة لعدم المناسبة من كل وجه و قال الكرمانيّ فان قلت فالحديث من رواية المجاهيل إذ الحى مجهول قلت إذا علم أن شبيبا لا يروى إلا عن عدل فلا بأس به أو لما كان ذلك ثابتا بالطريق المعين المعلوم اعتمد على ذلك فلم يبال بهذا الابهام أو أراد نقله بوجه آكد إذ فيه إشعار بأنه لم يسمع من رجل واحد فقط بل من جماعة متعددة ربما يفيد خبرهم القطع به انتهى قلت كلامه يدل على أن الحديث المذكور متصل عنده و أن الجهالة بهذا الوجه غير مانعة من القول بالاتصال و ان الراوى إذا كان معروفا عندهم بأنه لا يروى إلا عن عدل فاذا روى عن مجهول لا يضره ذلك و أن الرواية عن جماعة مجهولين ليست كالرواية عن مجهول واحد انتهى ما فى العمدة و فى نيل الأوطار: قال المنذرى و النووى رحمهما الله تعالى إسناده صحيح لمجيئه من وجهين. (١) حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه الخ نحوه فى الاصابة ص٣٤٩ ج١ و فيه أيضا هو ابن أخى خديجة زوج النبى ﷺ قال موسى بن عقبة عن أبى حبيبة مولى الزبير رضى الله تعالى عنه سمعت حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه يقول ولدت قبل الفيل بثلاثة عشر سنة و أعقل حين أراد عبد المطلب أن يذبح عبد الله ابنه و حكى الواقدى نحوه و زاد و ذلك قبل مولد النبى ﷺ بخمس سنين و قتل والد حكيم فى الفجار و شهد ها حكيم و حكى الزبير بن بكار أن حكيما ولد فى جوف الكعبة و كان صديق النبى ﷺ قبل المبعث و كان يوده و يحبه بعد البعثة و لكنه تأخر اسلامه حتى أسلم عام الفتح و ثبت فى السيرة و فى الصحيح أنه ﷺ قال من دخل دار حكيم بن حزام فهو آمن و كان من المؤلفة و شهد حنينا و أعطى من غنائمها مائة بعير ثم حسن اسلامه قال الزبير جآء الاسلام و فى يد حكيم الرفادة و كان يفعل المعروف و يصل الرحم و كان من العلماء بأنساب قريش و أخبارها مات سنة خمسين و قيل سنة أربع و خمسين و قيل ثمان و خمسين و قيل سنة ستين اه ملخصا و فى الاستيعاب حكيم رضى الله تعالى عنه كان عاقلا سريا فاضلا تقيا سيدا بماله غنيا قال مصعب رضى الله تعالى عنه جآء الاسلام و دار الندوة بيد حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه فباعها بعد من معاوية رضى الله تعالى عنه بمائة ألف درهم فقال له ابن الزبير رضى الله تعالى عنه بعت مكرمة قريش فقال حكيم رضى الله تعالى عنه ذهبت المكارم إلا التقوى أعتق فى الجاهلية مائة رقبة و حمل على مائة بعير ثم أتى النبى ﷺ بعد أن أسلم فقال يا رسول الله ﷺ أرأيت أشياء كنت أفعلها فى الجاهلية أتحنث بها ألى منها أجر فقال ﷺ أسلمت على ما سلف لك من خير و حج فى الاسلام و معه مائة بدنة قد جللها بالحبرة و كفها عن أعجازها و أهداها و وقف بمائة وصيف بعرفة فى أعناقهم أطواق الفضة منقوش فيها عتقاء الله عن حكيم بن حزام و أهدى ألف شاة اه.

و بالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله تعالى عنها قال

بصره قبل أن يموت (و بالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله تعالى عنها) أي وكل رسول الله ﷺ بالتزويج عمر بن أم سلمة رضى الله تعالى عنها و هذا رواه (١) النسائيّ في سننه في النكاح عن حماد بن سلمة عن ثابت البناني حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن ام سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ بعث إليها يخطبها ...... الحديث و في آخره فقالت أم سلمة رضى الله تعالى عنها لابنها يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه إياها و قال الأترازيّ و لنا في توكيل عمر بن أبي سلمة رضى الله تعالى عنه نظر لأن النبي ﷺ تزوج أم سلمة رضى الله تعالى عنها بعد وقعة بدر في سنة اثنين كذا قاله أبوعبيدة معمر بن المثنىّ و كان عمر بن أبي سلمة رضى الله تعالى عنه يوم توفي رسول الله ﷺ ابن تسع سنين قاله الواقديّ و يكون على هذا الحساب سن عمر بن أبي سلمة رضى الله تعالى عنه سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله ﷺ يوم تزوج أم سلمة رضى الله تعالى عنها و هو طفل لا يعقل انتهى قلت هذا الذي قاله سبق به ابن الجوزيّ فقال (٢) في التحقيق في هذا الحديث نظر لأن عمر رضى الله تعالى عنه كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين فكيف يقال لمثل هذا زوج؟ و بيانه أن رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع و مات عليه الصلاة و السلام و لعمر تسع سنين فعلى هذا يحمل قولها لعمر قم فزوج على المداعبة للصغير و لو صح أن الصغير زوجها فلأنه عليه الصلاة و السلام لا يحتاج إلى ولي لأنه مقطوع بكفاءته. و قال صاحب التنقيحّ قوله إنه عليه الصلاة و السلام مات و لعمر تسع سنين بعيد و إن كان الكلاباذى وغيره قاله فان ابن عبد البرّ قال إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة و يقوى هذا ما أخرجه (٣) مسلمّ في صحيحه عن عمر بن أبي سلمة رضى الله تعالى عنه أنه سأل رسول الله ﷺ أيقبل الصائم فقال له رسول الله ﷺ سل هذه لأم سلمة فأخبرته أن رسول الله ﷺ يصنع ذلك الحديث فظاهر هذا أن عمر رضى الله تعالى عنه كان كبيراً و الحديث أخرجه (٤) أيضا أحمد و إسحاق بن راهويه و أبويعلى رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و رواه ابن حبانّ في صحيحه و الحاكمّ في مستدركه و قال حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه (قال) أي القدوريّ

---

(١)رواه النسائيّ فى النكاح (باب) إنكاح الابن أمه ص٧٦ ج٢. (٢)فقال فى التحقيق الخ كذا فى نصب الراية ص٩٣ ج٤. (٣)أخرجه مسلمّ فى الصوم باب بيان أن القبلة فى الصوم ليست محرمة على من لم تحرك شهوته ص٣٥٣ ج١. (٤)أخرجه احمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية ص٩٢ ج٤.

و تجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات و قد صح أن علياً رضي الله عنه وكل فيها عقيلاً رضي الله عنه و بعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله تعالى عنه

(و تجوز الوكالة بالخصومة (١) في سائر الحقوق) قال الكاكي في سائر الحقوق أى جميعها ثم قال و في الصحاح (٢) سائر الناس جميعهم قلت ذكر الجوهري هذا في كتاب الراء في فصل السين مع الياء سائر الناس جميعهم قالوا إنه وهم من وجهين أحدهما في تفسيره لأن السائر بمعنى الباقي لا بمنى الجميع و الثاني أنه أورد في الأجوف و هو مهموز العين و من أمثالهم في اليأس من الحاجة قولهم اليوم و قد زال الظهر أى أ تطمع فيما بعد و قد تبين لك اليأس لأن من كان حاجته اليوم بأسره و قد زال الظهر وجب أن ييأس منه كما ييأس بغروب الشمس قلت ذكر الجوهري أيضاً أن كونه من مهموز العين لغة (لما قدمنا من الحاجة) أشار به إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز ...... إلى آخره (إذ ليس كل أحد يتهدى إلى وجوه الخصومات و قد صح أن علياً رضى الله عنه وكل فيها عقيلاً رضى الله عنه و بعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر رضى الله عنه) هذا أخرجه (٣) البيهقي عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه قال كان علي رضى الله عنه يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب رضى الله عنه فلما كبر عقيل رضى الله تعالى عنه وكلني و أخرج (٤) أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر رضى الله تعالى عنه بالخصومة و روى الخصاف في أدب القاضى عن محمد بن اسحاق عن جهم بن أبى الجهم عن عبد الله بن جعفر رضى الله تعالى عنه أن (٥) علياً رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة و كان يقول إن لها قحما يحضر ها الشياطين فجعل الخصومة إلي عقيل فلما كبر و رق

---

(١) بالخصومة و في القاموس: الخصومة الجدل خاصمه مخاصمة و خصومة فخصمه يخصمه غلبه و هو شاذ لأن فاعلته ففعلته يرد يفعل منه إلى الضم إن لم تكن عينه حرف حلق فانه بالفتح كفاخره ففخره يفخره أما المعتل كوجدت و بعت فيرد إلى الكسر إلا ذوات الواو فانها ترد إلى الضم كراضيته فرضوته أرضوه و خاوفنى فخفته أخوفه و ليس فى كل شئ يقال نازعته لأنهم إستغنوا عنه بغلبته و اختصموا تخاصموا و الخصم المخاصم و الجمع الخصوم و قد يكون للجمع و الاثنين و المؤنث و الخصيم المخاصم و الجمع الخصماء و خصمان (كأمراء و كثبان) اه هذا معناها لغة و أما شرعا فهو الجواب بنعم أو لا و فسرها في الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو بالجواب الصريح. (٢) الصحاح للجوهري مادة سير ص٦٩٢ ج٢. (٣) أخرجه البيهقي فى الوكالة باب التوكيل فى الخصومات مع الحضور و الغيبة ص٨١ ج٦. (٤) أخرج أى البيهقي فى الباب المذكور آنفا. (٥) أن عليا رضى الله تعالى عنه الخ نحوه فى البدائع للكاساني.

و كذا بإيفائها و استيفائها إلا في الحدود و القصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندريء بالشبهات و شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر

حولها إليّ و كان علي رضي الله عنه يقول ما قضى لوكيلي فلي و ما قضي على وكيلي فعلي و في الفائق للزمخشري أن عليا رضى الله تعالى عنه وكل أخاه عقيلا رضى الله تعالى عنه بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضى الله تعالى عنه و كان لا يحضر الخصومة و يقول إن لها قحماً و إن الشياطين تحضرها أى مهالك و شدائد و قحم الطريق ما صعب منه و شق على سالكه و في هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة و فيه دليل أيضاً على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه و هو مذهبنا و مذهب عامة العلماء لصنيع علي رضى الله عنه و قال بعض العلماء الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين و قد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى ﴿و إذا (١) دعوا إلى الله و رسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ و فيه تأمل (و كذا) أي و كذا يجوز التوكيل (بايفائها) أي بإيفاء الحقوق و هو أداؤها (و استيفائها) أي و باستيفاء الحقوق و هو قبضها (إلا في الحدود و القصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس) قيد به لأنه يجوز استيفاء القصاص و القذف في حضوره باجماع الأئمة الأربعة و في غيبته لا يجوز عندنا و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و هو ظاهر نصه و يفتى به القاضي الروياني من أصحابه و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح و مالك رحمه الله تعالى (٣) و أحمد رحمه الله تعالى يجوز له استيفاء القصاص و القذف في غيبة الموكل (لأنها تندرئ بالشبهات و شبهة العفو) يعني في القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها و شبهة عفو ولي القصاص (ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعي) و هو قوله تعالى ﴿و أن (٤) تعفوا أقرب للتقوى﴾ (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفي الحدود و القصاص مع غيبة الشهود و إن كان رجوعهم محتملاً (لأن الظاهر

---

(١) و إذا دعوا الآية النور: ٤٨ و الجواب أن تاويل الآية الرد من المنافقين و الاجابة من المومنين إعتقادا كذا في البحر معزيا إلى غاية البيان. (٢) و به قال الشافعي الخ و في شرح الوجيز: و في غيبة الموكل ثلاث طرق أشهرها أنه على قولين أحدهما المنع و هو ظاهر نصه و ذكر القاضي الروياني أنه الذي يفتى به و أصححهما الجواز و الثاني و به قال أبواسحاق القطع بالجواز و الثالث القطع بالمنع اهـ ملخصا. (٣) مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا في المغني ص٢٠٧ ج٥. (٤) و أن تعفوا الآية البقرة: ٢٣٧.

عدم الرجوع و بخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة و ليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلاً و هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفةؒ و قال أبويوسف رحمه الله تعالى لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود و القصاص بإقامة الشهود أيضاً و قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قيل مع أبي يوسف رحمه الله تعالى و قيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له أن التوكيل إنابة و شبهة النيابة (١) يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة و كما في الاستيفاء و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى

عدم الرجوع) احترازاً عن الكذب و الفسق (و بخلاف حالة الحضرة) أى حضرة الموكل في المجلس (لانتفاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو (و ليس كل أحد يحسن الاستيفاء) هذا جواب إشكال و هو أن يقال إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه فأجاب بقوله و ليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره إستحساناً (فلو منع عنه) أى عن التوكيل (ينسد باب الاستيفاء أصلاً و هذا الذى ذكرناه) يعني جواز التوكيل باثبات الحدود و القصاص (قول أبي حنيفةؒ) و به قال الأئمة الثلاثةؒ (و قال أبويوسف رحمه الله تعالى لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود و القصاص بإقامة الشهود أيضاً) و به قال زفرؒ (و قول (٢) محمد رحمه الله تعالى مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قيل مع أبي يوسف رحمه الله تعالى) و في شرح الطحاوى قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب و في بعض الروايات ذكر قوله مع أبي حنيفةؒ و في بعضها مع أبي يوسف رحمه الله تعالى و ذكر الطحاوى في مختصره قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي حنيفةؒ (و قيل هذا الاختلاف في غيبته) أى في غيبة الموكل (دون حضرته) فإن في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه له) أي لأبى يوسف رحمه الله تعالى(أن التوكيل إنابة) أي بدل عن خصومة الموكل و الإنابة فيها شبهة (و شبهة الإنابة يتحرز عنها في هذا الباب) أي في باب الحدود و القصاص (كما في الشهادة على الشهادة) أي كما يتحرز عن الإنابة في الشهادة على الشهادة (و كما في الاستيفاء) أي و كما يتحرز عن الإنابة أي عن التوكيل باستيفاء الحدود و القصاص اتفاقاً مع غيبة الموكل (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى

---

(١) النيابة. ن. الانابة. (٢) قول محمد رحمه الله تعالى الخ ظاهر عبارة الهداية و المبسوط ترجح أن قول محمد رحمه الله تعالى مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية و الظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق و على هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد و القصاص و كلام أبي حنيفةؒ فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهه عدم الأمر به و قال أبوحنيفةؒ لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً و قالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى

أن الخصومة شرط محض) يعني ليس لها حظ في الوجوب و لا في الظهور (لأن الوجوب) أى وجوب الحد و القصاص (مضاف إلى الجناية و الظهور) مضاف (إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق) لأن التوكيل بها إثبات حق لا تؤثر فيه الشبهة (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد و القصاص) يعني إذا وكل المطلوب و هو من عليه الحد أو القصاص رجلاً بالجواب عنه في دفع ما يطالبه عليه قال أبوحنيفةؒ يجوز و قال أبويوسف رحمه الله تعالى لا يجوز و قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب و قوله التوكيل مبتدأ و خبره مقدم عليه و هو قوله و على هذا الخلاف (و كلام أبي حنيفةؒ فيه) أي في التوكيل من جانب من عليه الحد (أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع) أي لأن الشبهة المذكورة و هي شبهة البدلية على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع ألا ترى أن الشهادة على الشهادة و شهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة (غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه) يعني إذا أقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لا يصح استحساناً (لما فيه من شبهة عدم الأمر به) أي في باب الإقرار من شبهة عدم الأمر بالإقرار و في المبسوط لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يجوز قياساً لأنه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق و في الاستحسان لا يجوز كما ذكره المصنفؒ (و قال أبوحنيفةؒ لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم) سواء كان التوكيل من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه و يستوى عنده الموكل إذا كان رجلاً أو امرأة بكراً كانت أو ثيباً (إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة (١) ثلاثة أيام فصاعداً و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يجوز (التوكيل) بالخصومة (بغير رضا الخصم و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله.و في فتاوى قاضي خان

---

(١) مسيرة الخ قيد بمدة السفر لأن ما دونها كالحاضر كذا فى الجوهرة.

و لا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه

كان أبويوسف رحمه الله تعالى أولاً يقول لا تقبل الوكالة بغير رضى الخصم من الرجال و تقبل من النساء ثم رجع و قال تقبل من الرجال و النساء و يستوي فيه الوضيع و الشريف و هو قول محمد و الشافعي رحمه الله تعالى رحمهما الله و به أخذ (١) الصفارؒ و قال السرخسيؒ الصحيح عندى أن القاضى إذا علم التعنت من المدعي في إبائه التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه و إن علم من الموكل القصد إلى الاضرار بالمدعي يشتغل الوكيل بالحيل و الأباطيل و التلبيس لا يقبل (و لا خلاف في الجواز) أي لا خلاف بين أبي حنيفةؒ و بين صاحبيهؒ في جواز التوكيل بالخصومة (إنما الخلاف في اللزوم) فعند أبي حنيفةؒ لا يلزم و عندهما يلزم معناه هل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا عنده ترتد خلافا لهما فعلى هذا يكون معنى قول القدوريؒ لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم أي لا يلزم إطلاق الإسم اللازم على الملزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم هكذا قاله الاترازيؒ و قال الأكملؒ و فيه نظر لأنا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس (٢) بمجاز و الحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم في قوة (٣) قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح و إلا (٤) فلا حاجة إلي قوله و لا خلاف في الجواز و إلى التوجيه بجعله مجازاً و في فتاوى العتابيؒ التوكيل بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة و هو المختار و قال شمس الائمة السرخسيؒ التوكيل عند أبي حنيفةؒ بغير رضى الخصم صحيح و لكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أي حق الموكل و هذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل فإذا كان كذلك

(١) و به أخذ الصفارؒ و فى البحر اعلم أن مولف الكنزؒ اختار قول الامامؒ كما هو دأبه و قد اختلف ترجيح المشايخؒ فأفتى الفقيه بقولهما و قال الغياثيؒ و هو المختار و به أخذ الصفارؒ أيضا و فى خزانه المفتين: المختار قولهما و فى النهاية: و الصحيح قولهما و قال الحلوانيؒ يخير المفتى قال و نحن نفتى أن الرأى للحاكم و فى البزازية: و من المعلوم المقرر أن تفويض الخيار إلى قضاة عهد الفساد كما هو المقرر من أن علمهم ليس بحجة اه و فى الشامية: أفتى الرمليؒ بقول الامامؒ الذى عليه المتون و اختاره غير واحد اه. (٢) ليس بمجاز بل كناية كما صرح به فى المفتاح و فيه بحث فانهم صرحوا بأن العمدة فى الفرق بين المجاز و الكناية هو جواز إرادة المعنى الموضوع له و عدم جوازها كذا فى السعدية. (٣) فى قوة قولنا التوكيل الخ أقول فيه نظر فانا لا نسلم أنه فى قوة ما ذكره فان مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لاشتراط لزومه به و الحاصل أن نفى الجواز أخص بناء على نقيض الأعم أخص من نقيض الأخص من نفى اللزوم و المقصود بالافادة هنا هو الثانى لا الاول إذ لا خلاف فيه كذا فى السعدية. (٤) و إلا فلا. أقول هذا مناف لغرضه سعدية.

فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون و له أن الجواب مستحق على الخصم و لهذا يستحضره و الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض و المسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة

(فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون) أي بقبض الديون فانه لا يتوقف على رضاء المديون (وله) أي و لأبي حنيفةؒ (أن الجواب مستحقٌ عليه) أي على الخصم (و لهذا يستحضره) أي الخصم في مجلس القاضي (و الناس متفاوتون في الخصومة) أي في جوابها فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق و رب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه فيحتمل أن الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه (فلو قلنا بلزومه) أي بلزوم التوكيل بالخصومة (يتضرر به) أي الخصم فإذا كان كذلك (فيتوقف على رضاه) أي على رضى الخصم ثم نظر هذا بقوله (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما) أي أحد الشريكين (يتخير الآخر) أي الشريك الآخر بين أن يرضى به و بين أن يفسخه دفعاً للضرر عنه (بخلاف المريض و المسافر) متصل بقوله إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا يعنى يجوز التوكيل حينئذ بلا رضى الخصم (لأن الجواب غير مستحق عليهما) أي على المريض و المسافر أما المريض فلعجزه بالمرض و أما المسافر فلغيبته و هذا لأن الجواب لو لم يسقط عنهما لزم الحرج قال الله عزوجل ﴿و ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ (هنالك) أي في المكان الذي كان فيه و في فتاوى قاضي خانؒ ثم المريض إذا كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه و لكنه يستطيع أن يمشي على ظهر دابة أو ظهر انسان فإن ازداد مرضه بذلك صح توكيله بغير رضى الخصم و إن كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف أيضاً و قيل له أن يوكل بغير رضاه و هو الصحيح (ثم كما يلزم التوكيل عنده) أي عند أبي حنيفةؒ (من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة) إذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه و قال قاضي خانؒ في فتاواه لكن لا يصدق أنه يريد السفر و لكن القاضي ينظر إلى زيه وعدة سفر أو يسأله عمن يريد أن يخرج معه فيسأله عن رفقائه كما في فسخ الإجارة إذا أراد المستأجر فسخها بعذر السفر فبمجرد قوله أريد السفر لا يثبت العذر إذا لم يصدقه الآجر لكن يسأله القاضي فيقول له مع من تريد الخروج ثم يسأل رفقته فان قالوا نعم تحقق العذر و هو

و لو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز و حضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها

السفر في فسخ الإجارة فكذا هنا (و لو كانت المرأة مخدرة (١)) قال البزدوي (٢) المخدرة هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال أما التي جليت على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة فلو وكلت وكيلا بالخصومة فوجب عليها اليمين و هي لا تعرف بالخروج و مخالطة الرجال في الحوائج يبعث القاضي اليها ثلاثة من العدول و يستحلفها أحدهم و يشهد الآخران على حلفها أو نكولها و كذا في المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لا تجرى في الأيمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي و ذكر فيه و إن كان يبعث إلى المخدرة و المريضة و إلى المريض خليفته فيفصل الخصومة هنالك يجوز لأن مجلس الخليفة كمجلسه و في الذخيرة و من الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة حيض المرأة إذا كان القاضي يقضي في المسجد و هذه المسألة على وجهين: إن كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم و إن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضى الطالب و إلا يقبل و لو كان الموكل محبوساً فهو على وجهين إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل بغير رضى خصمه لأن القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده إلى السجن و إن كان محبوساً في سجن الوالي و لا يمكنه الوالي من الخروج يلزم توكيله بغير رضى خصمه (لم تجر عادتها بالبروز و حضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها) و المراد بالرازي أبوبكر (٣) الجصاص

(١) مخدرة و في تاج العروس: الخدر بالكسر ستر يمد للجارية في ناحية البيت كالأخدور بالضم و في المحكم ثم صار كل ما واراك من بيت و نحوه خدرا و الجمع خدور و أخدار وجمع الجمع أخادير و الخدر بالفتح الزام البنت الخدر كالاخدار و التخدير أخدرها إخدارا و خدرها و هي مخدورة و مخدرة و مخدرة و قد خدرت في خدرها و تخدرت و اختدرت اه ملخصا. (٢) قال البزدوي المخدرة الخ ليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله و هي التي لم تجرعادتها بالبروز فأما حديث المنصة فقد يكون عادة لعوام تفعله بها والدتها ثم لم يعدلها بروز و مخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها كذا في الفتح و في البحر: و لو اختلفا في كونها مخدرة فإن كانت من بنات الأشراف فالقول لها بكرا أو ثيبا لأنه الظاهر من حالها و في الأوساط قولها لو بكرا و في الأسافل لا يقبل قولها في الوجهين أى فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا و الخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر بأن تخرج لغير حاجة كذا في البزازية. (٣) ابوبكر الجصاص الخ و في الفوائد البهية: أحمد بن على أبوبكر الرازى الجصاص كان امام الحنفية في عصره أخذ عن أبي سهل الزجاج عن أبي الحسن الكرخي عن أبي سعيد البردعي عن موسى بن نصير الرازى عن محمد رحمهم الله تعالى و استقر التدريس له ببغداد و انتهت الرحلة إليه و كان على طريق الكرخي =>

قال و هذا شيء استحسنه المتأخرون قال و من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف

أحمد بن عليّ صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول و الفروع و صاحب أحكام القرآن و إليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفةّ ببغداد بعد الشيخ ابي الحسن الكرخيّ و كانت ولادته سنة خمس و ثلاثمائة و مات سنة سبعين و ثلاثمائة (قال و هذا شيء استحسنه (١) المتأخرون) أى قال ابوبكر الرازىّ كذا قاله الا ترازىّ و قال الأكملّ أى قال المصنفّ و شيخى العلاءّ قال مثل ما قال الاترازيّ و هو الظاهر (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و من شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف) اى التصرف الذى وكل به و في الذخيرة هذا القيد وقع على قولهما لا على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فإن عنده شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملك الوكيل بيانه أن الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكاً لذلك التصرف الذى وكل به و لهذا قال كل عقد لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه لا يجوز للوكيل أن يباشره له كما وكله ببيع الدم و الميتة قلنا ينتقض هذا الكلي بعقد الصرف فإنه لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه إذا كان غائباً و يجوز للوكيل أن يتولاه و كذلك الحاكم لا يجوز أن يحكم لنفسه و يجوز أن يحكم له غيره و القياس على الدم و الميتة ضعيف لأن أهل الذمة لا يعتقدون مالاً فلا يملك الوكيل تصرفه و قال الأترازيّ هذا الشرط الذي يشرطه القدوريّ يستقيم على مذهب الكل و إنما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لأنه لم يدرك كنه كلام القدوريّ إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل و شرط في الوكيل فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف و يلزمه الأحكام و الثاني أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع و يقصده و معنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعاً في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغاً على وجه يلزمه حكم

=> فى الورع و الزهد و به انتفع و عليه تخرج و تفقه عليه جماعة منهم أبوعبد الله محمد بن يحيى الجرجانىّ شيخ القدورىّ و أبوالحسن محمد بن احمد الزعفرانىّ و روى الحديث عن عبد الباقى بن قانعّ و له تصانيف منها أحكام القرآن و شرح مختصر الكرخى و شرح مختصر الطحاوى و شرح جامع محمد و كتاب فى أصول الفقه و شرح الأسماء الحسنى و أدب القضاء ولد ببغداد سنة خمس و ثلاثمائة و مات سابع ذى الحجة سنة سبعين و ثلاثمائة (قال الجامع) الجصاص بفتح الجيم و تشديد الصاد المهملة فى آخره صاد أخرى هذه النسبة إلى العمل بالجص ذكره السمعانىّ اه ملخصا. (١) استحسنه المتأخرون يعنى اما على ظاهر اطلاق الأصل وغيره عن أبي حنيفةّ لا فرق بين البكر و الثيب المخدرة و البرزة و الفتوى على ما اختاروه من ذلك و حينئذ فتخصيص الرازىّ ثم تعميم المتأخرين ليس إلا لفائدة أنه المبتدئ بتفريع ذلك و اتبعوه كذا فى الفتح.

و يلزمه الأحكام لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره و يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد و يقصده

التصرف و هذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر و الخنزير بيعاً و شراء لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعاً في جنس التصرف لا في كل الأفراد على وجه يلزمه حكم التصرف فيما يتصرف بولايته و الشرط الآخر و هو أن يعقل البيع و يقصده حاصل في الوكيل أيضاً و هو الذمي لأنه يعقل معنى البيع و الشراء و يقصده فصح الشرط إذاً على مذهب الكل و قال (١) الأكمل بعد قول المصنف قال و من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف و يلزمه الأحكام قال صاحب النهاية إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله و أما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر و لو وكل به جاز عنده و منشأ (٢) هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد أي يملك التصرف الذي وكل به و أما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي و المجنون فيكون على مذهب الكل (و يلزمه الأحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع و لا الوكيل بالبيع الثمن فلا يصح توكيل الوكيل غيره و قيل احتراز عن الصبي المحجور و العبد المحجور فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما (لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره و يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بأن يعرف أن البيع (٣) سالب و الشراء جالب و يعرف (٤) الغبن اليسير من الفاحش (و يقصده) أي يقصد العقد بمباشرة السبب لثبوت الملك و

---

(١) قال الاكمل في العناية ص٥٦٢ ج٦. (٢) منشأ هذا التوهم الخ و في الكافي إعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه و يقدر عليه من قبله و من لا يقدر على شئ كيف يقدر عليه غيره و قيل هذا على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و أما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر و الخنزير و توكيل المحرم الحلال ببيع الصيد و قيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظراً إلى اصل التصرف و ان امتنع لعارض و بيع الخمر لا يجوز للمسلم في الأصل و ان امتنع لعارض النهي انتهى فعلى هذا لو جعل اللام للعهد يستقيم الكلام على مذهب أبي حنيفة أيضا فليتأمل كذا في السعدية. (٣) البيع سالب للمبيع و جالب للثمن و الشراء على عكسه. (٤) يعرف الغبن الخ و في البحر: و فيه نظر لأنه لا حاجة إلى إشتراط عقلية الغبن الفاحش من اليسير لجواز بيع الوكيل عند الامام بما قل و كثر اه و في المنحة على البحر: قوله (و فيه نظر لأنه لا حاجة الخ) قال في المنح أقول: ليس ما ذكره من النظر واقعاً =>

لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً و إذا وكل الحر (١) العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن الموكل مالك للتصرف و الوكيل من أهل العبارة

لا يكون هازلاً فيه (لأنه) أي لأن الوكيل (يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل (٢) العبارة حتى لو كان) أي الوكيل صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً) إذ لا يتعلق بقولهما حكم و ليس لهما قول صحيح (و إذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) قال الكاكي هذا غير منحصر على المثلية في صفة الحرية و الرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون لأن التعليل بقوله (لأن الموكل مالك للتصرف و الوكيل من أهل العبارة) يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية و الفوقية و الدونية و قال الأترازي كان ينبغي أن يقيد قوله الحر البالغ بالعاقل أيضاً لأن المجنون إذا وكل غيره لا يصح و كأنه إنما لم يقيد الحر بذلك بناء على الغالب لأن الغالب من أحوال الحر البالغ أن

=> موقعه لأن التعريف إنما هو للصبي العاقل و هو المميز مطلقاً كما ذكره المحققون في تعريفه لا بالنظر إلى خصوص الوكالة حتى يحتاج إلى ذكر هذا النظر و الجواب عنه اه و يرد عليه ما في اليعقوبية حيث قال: قوله "و يعرف الغبن اليسير من الفاحش" كذا في أكثر الكتب و هو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح و فرق الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لصحة اشتراطه في صحة التوكيل كما لا يخفى اه و لا يخفى عليك أنه حيث كان تصريف الصبي العاقل مأخوذاً فيه معرفة الغبن الفاحش من اليسير كان شرطاً في الوكالة أيضاً ثم كان الظاهر أن يقول إلا بعد الاشتغال بالبيع و الشراء و معرفة أثمان المبيعات لأنه ليس المراد أن يعرف ما حده الفقهاء بل أن يعرف أن هذا الشيء قيمته كذا و أنه لو اشتراه أو باعه بكذا يكون مغبوناً تأمل و على كل فاشتراط معرفة الغبن مشكل فقد يكون الرجل من أعقل الناس و أذكاهم و يغبن في بعض الأشياء بعدم وقوفه على مقدار قيمة مثلها و لعل مرادهم اشتراط ذلك فيما تكون قيمته معروفة مشهورة و انظر ما يأتي عند قوله "و تقيد شراؤه بمثل القيمة" ثم بعد كتابتي ذلك رأيت في الحواشي السعدية قال ما نصه: قوله "مما لا يطلع عليه أحد الخ" ممنوع فإنا نرى كثيراً من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه بل بالسماع من الثقاة و كثرة المباشرة بالمعاملات ثم قد يقام المتمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الأعمى في هذا الكتاب و أما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل و ذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فيه فليتأمل اه قلت: و الظاهر أن مرادهم أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلاً غبن فاحش و أن الواحد فيها يسير فإن من لم يدرك الفرق بينهما غير عاقل كصبي دفع له رجل كعباً و أخذ ثوبه فإذا فرح به و لا يعرف أنه مغبون في ذلك لا يصح تصرفه أصلاً. (١) الحر العاقل البالغ. ن. الحر البالغ. (٢) أهل العبارة و في الكفاية: و أهلية العبارة تكون بالعقل لأن المراد بالكلام ما يكون له صورة و معنى و كل محدث يكون موجودا بصورته و معناه و معنى الكلام لا يجود إلا بالعقل و التمييز.

و إن وكل صبياً محجوراً يعقل البيع و الشراء أو عبداً محجوراً جاز و لا يتعلق بهما الحقوق و تتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه و العبد من أهل التصرف على نفسه مالك له و إنما لا يملكه في حق المولى و التوكيل ليس تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته و العبد لحق سيده فتلزم الموكل و عن ابى يوسف رحمه الله تعالى أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون أو محجور له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب

يكون عاقلا و كونه مجنوناً نادر و إنما أطلق المأذون حتى يشمل العبد و الصبي الذي يعقل البيع و الشراء إذا كان مأذوناً له في التجارة لأن توكيل الصبي المأذون غيره جاز كسائر تصرفاته بخلاف ما إذا كان الصبي محجوراً حيث لا يجوز له أن يوكل غيره (و إن وكل) يعني أحد (صبيا محجوراً يعقل البيع و الشراء أو عبداً محجوراً جاز) و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز (و لا يتعلق بهما الحقوق) كالقاضي و أمينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلا و فيه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما (و تتعلق بموكلهما) أي و تتعلق الحقوق بموكل الصبي المحجور و العبد المحجور (لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه و العبد من أهل التصرف على نفسه مالك له و إنما لا يملكه) أي التصرف (في حق المولى) دفعاً للضرر (و التوكيل ليس تصرفاً في حقه) أي في حق المولى إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته و أهليته و العبد يبقى على أصل الحرية في ذلك لأن صحة العبارة بكونه آدمياً (إلا أنه) جواب إشكال و هو أن يقال إنهما لو كانا من أهل التصرف ينبغي أن يصح منهما التزام العهدة فأجاب بقوله إلا أنه أي أن الشأن (لا يصح منهما) أي من الصبي و العبد (التزام العهدة أما الصبي لقصور أهليته) بعدم البلوغ (و العبد لحق سيده) لئلا يلزم الضرر به و إذا كان كذلك (فتلزم) أي الحقوق (الموكل) لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس اليهما و هو من انتفع بهذا التصرف و هو الموكل (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون قيل على حاشية نسخة المصنف أو محجور و متنها مجنون و في بعض النسخ أو عبد محجور و لهذا قال في الكافي ثم علم انه صبي محجور أو عبد محجور (له خيار الفسخ) و ذلك (لأنه) أي لأن المشترى (دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر) أي اطلع (على عيب) الجامع بينهما عدم الرضى

قال و العقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع و الإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل و قال الشافعي رحمه الله تعالى تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف و الحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه و صار كالرسول و الوكيل في (١) النكاح و لنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام و صحة عبارته لكونه آدمياً و كذا حكماً لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل و لو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول و إذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق فيتعلق حقوق العقد به و لهذا

(قال) أي القدوريّ (و العقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد (٢) يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع و الإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل و قال الشافعي رحمه الله تعالى تتعلق بالموكل) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف و الحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه) أي توابع الملك (و صار) أي الوكيل فى هذا الضرب (كالرسول) بأن قال لآخر كن رسولي في بيع عبدي (و الوكيل فى النكاح) أى و صار كالوكيل فى النكاح فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقاً (و لنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لأن العقد يقوم بالكلام و صحة عبارته) أي عبارة العاقد (لكونه آدمياً) عاقلا أهلا للتصرف فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم و راعينا الأصل في حق الحقوق (و كذا حكماً) أي و كذا الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم و استدل المصنفّ على ذلك بقوله (لأنه) أي لأن الوكيل (يستغنى عن إضافة العقد الى الموكل و لو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك) أي عن إضافة العقد إلى الموكل (كالرسول) فانه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى المرسل (و إذا كان كذلك) أى اذا كان الوكيل فى هذا الضرب هو العاقد حقيقة و حكما (كان) أي الوكيل (أصيلا في الحقوق فيتعلق حقوق العقد به) أي بالوكيل (و لهذا) أي و لأجل كون الوكيل

---

(١) فى النكاح. ن. بالنكاح. (٢) كل عقد يضيفه الخ و فى المجتبى: قلت كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه و يستغنى عن إضافته إلى الموكل لا أنه شرط و لهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالاجماع و قوله "وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح" مراده أنه لا يستغنى عن الاضافة إلى موكله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح فلفظ الاضافة واحد و مراده مختلف اه كذا فى المنحة على البحر.

قال في الكتاب يسلم المبيع و يقبض الثمن و يطالب بالثمن إذا اشترى و يقبض المبيع و يخاصم في العيب و يخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق و الملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتباراً للتوكيل السابق كالعبد يتهب و يصطاد و يحتطب هو الصحيح

أصيلا في الحقوق (قال في الكتاب) أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط و قال الاترازي أى قال القدوري في مختصره و هذا هو الظاهر فانه قال في مختصره (يسلم المبيع و يقبض الثمن) إذا كان وكيلا بالبيع (و يطالب) على صيغة المجهول أي الوكيل يطالب (بالثمن إذا اشترى و يقبض المبيع و يخاصم) بفتح الصاد على بناء صيغة المجهول أي يخاصم الوكيل (في العيب و يخاصم) بكسر الصاد بناء على صيغة المعروف أى يخاصم الوكيل (فيه) أى فى العيب إذا اشترى (لأن كل ذلك من الحقوق) أي من حقوق العقد (و الملك يثبت) جواب سؤال مقدر و هو ان يقال كما ثبت الملك للموكل ينبغي ان تثبت الحقوق له كما قاله الشافعي رحمه الله تعالى فأجاب عنه بقوله و الملك يثبت (للموكل خلافة عنه) اى بطريق الخلافة عن الوكيل لا اصالة (اعتباراً للتوكيل السابق) يعني يقوم الموكل مقام الوكيل في ثبوت الملك له لاعتبار التوكيل الذى سبق و اعلم ان المشايخ اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيل بالشراء ثم ينتقل إلى الموكل منه او يثبت للموكل ابتداء قال الكرخي و من تابعه بالأول و اليه ذهب بعض اصحابنا رحمهم الله تعالى و هو اختيار قاضي خان و قال ابوطاهر الدباس بالثاني و هو مذهب جماعة من اصحابنا رحمهم الله تعالى (كالعبد يتهب و يصطاد و يحتطب) أى كالعبد يقبل الهبة و يصطاد الصيد و يجمع الحطب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك (١) السبب (هو الصحيح) احترز به عن قول الكرخي و في الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة السرخسي قول أبى طاهر أصح و قول الشافعي رحمه الله تعالى كقول أبي طاهر و ذكر الصدر الشهيد أن القاضي أبازيدخالفهما فقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله فوافق الكرخي رحمه الله تعالى

---

(١) بذلك السبب و فى العناية: و تحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل و إعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك و الحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته و أهليته بطل التوكيل و لو أثبتناهما للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل و إليه أشار المصنف بقوله إعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل و يجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة و الصدقة و يصطاد فان مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب.

قال و في مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر و لا يلزم وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيها سفير محض ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل و لو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول و هذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره

في حق الحقوق و وافق أبا طاهر في حق الحكم و هذا حسن و قال في الفتاوى الصغرى الوكيل ما دام حياً و إن كان غائباً لا تنتقل الحقوق إلى الموكل و قال أيضاً ذكر الفضلي أن الوكيل بالبيع إذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل إلى وصيه دون الموكل ولو مات و لم يوص يرفع الأمر إلى القاضي لينصب وصياً و هو قول بعض مشايخنا و قال بعضهم ينتقل إلى موكله ولاية قبض الثمن (قال) أي المصنف (و في مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع و الشراء بقوله و إذا اشترى الوكيل و قبض ثم اطلع على عيب (قال) أي القدوري (وكل عقد) هذه ضابطة الضرب الثاني (يضيفه) أي الوكيل (إلى موكله كالنكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) فإذا كان كذلك (فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أي تسليم المرأة إلى موكله (لأن الوكيل فيها) أي في هذه الأشياء المذكورة (سفير محض) كالرسول (ألا ترى أنه) أي أن الوكيل (لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول) أى فصار الوكيل فى النكاح و أمثاله كالرسول في باب البيع (و هذا) أي كونه كالرسول (لأن (١) الحكم فيها) أي في هذه العقود و هي النكاح و أمثاله (لا يقبل الفصل عن السبب) و هو العقد و لهذا لا يدخل فيها خيار الشرط لأنه من قبيل الإسقاطات فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره أشار إلى هذا بقوله (لأنه إسقاط فيتلاشى) أي فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أي صدور

---

(١) لأن الحكم الخ فان قلت ليس الكلام فى الحكم بل فى الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا فى الضرب الأول أن الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق و تتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته و ههنا إذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فأما أن يثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل و الأول باطل لأنه يبطل التوكيل و ينافى الاضافة إلى الموكل فتعين الثانى و إليه أشار بقوله فكان سفيرا كذا فى نتائج الأفكار تكملة فتح القدير للعلامة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده أفندى المتوفى ٩٨٨هـ.

من شخص و ثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً و الضرب الثاني من أخواته العتق على مال و الكتابة و الصلح عن الإنكار فأما الصلح الذي هو جارٍ مجرى البيع فهو من الضرب الأول و الوكيل بالهبة و التصدق و الإعارة و الإيداع و الرهن و الإقراض سفير أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالقبض و انه يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً و كذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس

السبب بطريق الاصالة (من شخص و ثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً) بخلاف البيع فإن حكمه ينفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص إصالة و يقع الحكم لغيره خلافة و قيدنا بقوله إصالة إذ السبب يصدر من الوكيل نيابة في النكاح (و الضرب الثاني من اخواته) أي من أخوات الضرب الثاني (العتق على مال) قوله الضرب الثاني مبتدأ و قوله من أخواته جملة وقعت خبراً له و أراد بالضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله قاله الأترازي و الصواب أن يكون الضرب الثاني مبتدأ و قوله من أخواته خبر لقوله العتق على مال مقدماً على المبتدأ و الجملة خبر المبتدأ الأول و صورة العتق على مال أن يوكل احداً على أن يعتق عبده على مال (و الكتابة) بأن يوكل أحدا أن يكاتب عبده على مال (و الصلح عن الإنكار) و انما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لأنها من الاسقاطات دون الماوضات أما العتق على مال و الكتابة فلأن البدل فيها بمقابلة إزالة الرق و فك الحجر و أما الصلح عن الانكار فلأن البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة و افتداء اليمين في حق المدعى عليه (فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع) أراد به الصلح عن إقرار و جعله جار مجرى البيع لأنه مبادلة مال بمال فكان حكمه حكم البيع (فهو من الضرب الأول) فتتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (و الوكيل بالهبة) يعني إذا وكل رجلاً بأن يهب عبده لفلان (و التصدق) بأن وكله أن يتصدق على فلان من ماله (و الإعارة) بأن وكله أن يعير فلاناً داره (و الإجارة) بأن وكله أن يؤجر فلاناً داره (و الإيداع) بأن وكله أن يودع متاعه (و الرهن) بأن وكله أن يرهن متاعه (و الإقراض) بأن وكله أن يقرض فلاناً (سفير ايضاً) هذا خبر لقوله و الوكيل بالهبة فإذا كان الوكيل في هذه الأشياء سفيراً تعلقت حقوق العقد بموكله (لأن الحكم فيها) أي في العقود المذكورة (يثبت بالقبض و انه) أي و ان القبض (يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلا) أي فلا يجعل الوكيل في هذه الأشياء اصيلا لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيراً و معبراً عن المالك (و كذا) يعني يكون سفيراً (إذا كان الوكيل من جانب الملتمس) كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب فالحكم و الحقوق كلها

و كذا الشركة المضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال و إذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبي عن العقد و حقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد فإن دفعه إليه جاز و لم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً لأن نفس الثمن المقبوض حقه و قد وصل إليه و لا فائدة في الأخذ منه ثم (١) الدفع إليه و لهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة و لو كان له عليهما

تتعلق بالموكل (و كذا الشركة و المضاربة) يعني إذا وكل بالشركة أو بالمضاربة فالوكيل فيهما سفير أيضاً لا تتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لأن الوكيل لا بد له من إضافة العقد إلى موكله فكان سفيراً حتى لو أضاف العقد إلى نفسه لا يقع عن موكله (إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) هذا استثناء من قوله و كذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس بيان بطلان استقراض الوكيل بأن العبارة للوكيل و المحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض و الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (حتى لا يثبت الملك للموكل) حتى لو هلك الذي استقرضه هلك على الوكيل (بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض فإن الرسالة فيه تصح بأن يقول أرسلني فلان إليك يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعنى المرسل. (قال) أي القدوري (و إذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه) أي فللمشترى منعه إياه خلافاً للأئمة الثلاثة لأن الحقوق ترجع إلى الموكل عندهم (لأنه) أى لأن الموكل (اجنبي عن العقد و حقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد فان دفعه إليه) أى إن دفع المشترى الثمن إلى الموكل (جاز) دفعه (و لم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى يطالب المشترى بالثمن (ثانيا) أى ثاني مرة (لأن نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل (و قد وصل اليه) أى و قد وصل حقه اليه و إذا كان كذلك (فلا فائدة في الأخذ منه) أى من الموكل (ثم الدفع اليه) أى إلى الوكيل و هذا بخلاف الوكيل في بيع الصرف فإن هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز لأن بيع الصرف يتعلق بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب و القبول و لو ثبت للوكيل حق القبول و قبل الموكل لم يجز فكذا إذا ثبت له حق القبض و في الذخيرة و نقل من مختلف الرواية أن المشترى من الوصي لو دفع الثمن إلى الصبي فللوصي أن يرجع إلى المشترى (و لهذا) توضيح لقوله أن نفس الثمن المقبوض حقه فإنه (لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة و لو كان له عليهما

---

(١) ثم الدفع. ن. ثم في الدفع.

دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل و بدين الوكيل إذا كان وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفةؒ و محمد رحمه الله تعالى لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما و لكنه يضمنه للموكل في الفصلين

دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل) لأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولو أبرآه جميعا بغير عوض و خرج الكلامان معاً برئ المشترى بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذا ههنا (و بدين الوكيل إذا كان وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله لما انه) أى أن الوكيل (يملك الإبراء عنه) أى ابراء المشترى عن الثمن (عندهما) أى عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و هو إبراء بغير عوض لأن القبض حقه فيملك المقاصة ايضاً لأنه إبراء أيضاً و لكنه بعوض فكان بالطريق الأولى أن يملكه (و لكنه يضمنه) أى و لكن الوكيل يضمن الثمن (للموكل في الفصلين) أى في فصل الإبراء و فصل المقاصة بدين الوكيل و لا يقال ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذى يوجب المقاصة بدين الموكل لأنه خالف الموكل لأنه انما وكله ببيع يصل الثمن اليه و ههنا لا يصل فإذا خالف ينبغي ان لا يجوز هذا البيع لأنا نقول إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصاً بدين الآمر بالإجماع كذا في الذخيرة و في المبسوط قال أبويوسف رحمه الله تعالى لا يجوز إبراء الوكيل للمشترى عن الثمن لأنه تصرف في ملك الغير و به قالت الأئمة الثلاثةؒ إذ الثمن ملك الموكل و لهما أن الإبراء اسقاط لحق القبض و القبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنع الموكل عن ذلك و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و احمد رحمه الله تعالى في رواية و في الفتاوى الصغرى الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالإقالة و الإبراء و المقاصة بما على الوكيل عندهما و قال أبويوسف رحمه الله تعالى لا يملك ذلك و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل و لو كان البائع أبرأ المشترى يعني ان الوكيل أبرأه من الثمن فهو جائز و هو له ضامن و كذلك لو وهبه له و كذلك لو اشترى متاعاً او كانت دنانير فأخذ بها منه دراهم أو كانت دراهم فأخذ بها منه دنانير فهو ضامن للثمن و الذى اشترى هو له و كذلك لو صالحه عليه صلحاً و لم يشتر و كذلك لو أخر عنه الثمن إلى أجل كان ضامناً للثمن و جاز التأخير و لو حط عنه كان ضامناً لما حط عنه و هذا كله قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف رحمه الله تعالى لا يجوز شيء مما صنع من هذا من هبة

باب الوكالة بالبيع و الشراء

فصل في الشراء

قال و من وكل رجلاً بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه و صفته

و غيرها و المال على حاله على المشترى و في الفتاوى الصغرى ثم في وقوع المقاصة إن كان دين المشترى على الموكل و هو مثل الثمن صار قصاصاً إجماعاً و ان كان دينه على الوكيل فعلى الاختلاف و إن كان عليهما يصير قصاصاً بدين الموكل أما عند ابى يوسف رحمه الله تعالى فظاهر و أما عندهما فلأن الثمن لو صار قصاصا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء الوكيل للموكل و لو صار قصاصاً بدين الموكل لم نحتج إلى قضاء آخر فقصرنا المسافة و لأن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشترى بالإجماع فعلى هذا الحيلة في موضعين: أحدهما إذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه فيتوكل الدائن عن الغير في شرائين من زيد فإذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البائع و بين دين وجب للبائع على الوكيل ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله و الثاني أن يوكل رب الدين غيره بالشراء من المديون فتقع المقاصة بين دين الموكل و بين ما وجب للبائع على الوكيل و الله أعلم.

(باب الوكالة بالبيع و الشراء)

أي هذا باب في بيان حكم الوكالة بالبيع و الشراء قدم هذا الباب على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع و الشراء و مساس الحاجة اليه في ذلك.

(فصل في الشراء)

أي هذا فصل في بيان أحكام الشراء و قدم هذا الفصل على الفصول التي تأتي بعده لأن الشراء مثبت لما هو الأصل في عقد البيع و هو المبيع و البيع مزيل له و الثبوت قبل الزوال فكان الشراء اولى بالتقدم (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من وكل رجلا بشراء شيء) أي غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس و الصفة (فلا بد من تسمية جنسه) كالعبد و الجارية إذ العبد جنس بلسان الشرع و كذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام و أراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل المنطق فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان و النوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالإنسان مثلا و الصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي و الهندي و المراد هنا بالجنس ما يشمل أصنافاً (١) على اصطلاح أولئك و بالنوع (٢) الصنف (و صفته) أي نوعه كالتركي و الهندي و لا خلاف

(١) أصنافا سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق سعدية. (٢) بالنوع الصنف أقول فيه إشكال لأنه إن أراد =>

أو جنسه و مبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لأنه فوض الأمر إلي رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً و الأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة و في اعتبار هذا الشرط بعض الحرج و هو مدفوع ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً أو ما هو في معنى الأجناس

فيه للفقهاء (أو جنسه و مبلغ ثمنه) أي أو تسمية جنسه و مقدار ثمنه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه لا يصح حتى يذكر نوعه و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و عند مالك رحمه الله تعالى الشرط أن يكون معلوماً في الجملة قيل هذا الذي ذكره القدوري استحسان و القياس عدم الجواز وجه الاستحسان حديث عروة البارقي و قد مر لأنه عليه الصلاة و السلام ذكر الجنس و قدر الثمن و سكت عن الصفة (ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار) أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل (إلا أن يوكله) هذا استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه يعني إذا وكله (وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) فلا يحتاج إلى ذكر الجنس وغيره (لأنه) أى لأن الموكل (فوض الأمر إلى رأيه) أي إلى رأى الوكيل (فأى شيء يشتريه يكون ممتثلا) لأمر الموكل و فيه خلاف لأحمد رحمه الله تعالى فانه يقول لا تصح هذه الوكالة العامة (و الأصل فيه) أي في هذا الباب (أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً) الجهالة اليسيرة جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار و الفرس و البغل و الثوب الهروي و المروي فإنها لا تمنع صحة الوكالة و إن لم يبين بالثمن و قال بشر بن غياث لا تصح الوكالة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى في رواية لأن التوكيل بالبيع و الشراء معتبر بنفس البيع و الشراء فلا تصح الا ببيان وصف المعقود عليه قلنا تصح هذه الوكالة (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة و في اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف (بعض الحرج و هو مدفوع) شرعاً (ثم إن كان اللفظ) أي اللفظ الذي يذكره الموكل (يجمع أجناساً) كالدابة و الثوب (أو ما هو في معنى الأجناس) كالدار و الرقيق

=> بالصنف الصنف المنطقى كما هو المتبادر من سياق الكلام يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ما سيجيء فى الكتاب مع أنه ليس بصنف منطقى بل هو نوع عند أهل المنطق أيضا و إن أراد بذلك الصنف اللغوى بمعنى الضرب و القسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لأنه ضرب من الانسان و ليس بنوع عند أهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد و الجارية على ما صرحوا به و ان العبد و الجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور و ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه كذا فى نتائج الافكار.

لا يصح التوكيل و إن بين الثمن لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة و إن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً و بذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعاً فإن بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز و كذا إذا بين الثمن لما ذكرناه و لو بين النوع أو الثمن و لم يبين صفة (١) الجودة و الرداء ة و السطة جاز لأنه جهالة مستدركة و مراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع و في الجامع الصغير و من قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة

(لا يصح التوكيل و إن بين الثمن لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أى يوجد فرد من كل جنس (فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال و في الكافي الجهالة ثلاثة أنواع فاحشة و يسيرة و متوسطة و قد ذكر المصنفُ اليسيرة و الفاحشة و يذكر عن قريب المتوسطة (و إن كان) أي اللفظ (جنساً يجمع انواعاً) كالعبد و الأمة (لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً و بذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أي امتثال الآمر (مثاله إذا وكله) أي مثال هذا النوع إذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه) أي لأن لفظ عبد أو لفظ جارية (يشمل أنواعاً فان بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد) في المغرب (٢) المولدة التى في دار الاسلام و قيل العبد الذي تولد بين العرب و نشأ مع اولادهم (جاز) أي التوكيل (و كذا) أى و كذا جاز (اذا بين الثمن لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً (و لو بين النوع أو الثمن و لم يبين الصفة) يعني (الجودة و الرداء ة و السطة) أى الوسط و أصل سطة وسط حذفت الواو منه كما في عدة و عظة و عوضت التاء في آخر ها عن الواو (جاز) أى التوكيل (لأنه جهالة مستدركة) أى يسيرة (و مراده) أي مراد القدوريّ (من الصفة المذكورة) و هي قوله و صفته (في الكتاب) أى في مختصر القدوري (النوع) و مر الكلام فيه فى أول الفصل (و في الجامع الصغير) و فائدة ذكر الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة (و من قال لآخر اشتر لي ثوباً (٣) أو دابة

---

(١) صفة. ن. الصفة. (٢) المغرب ص١٠٦ ج١. (٣) ثوبا و فى البحر: و لو وكله بشراء أى ثوب شآء صح و لو قال اشترلى ألاثواب لم يذكره محمد رحمه الله تعالى قيل يجوز و قيل لا ولو أثوابا لا يجوز و لو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز و إن لم يقدر الثمن كذا فى البزازية.

أو داراً فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض و في العرف يطلق على الخيل و الحمار و البغل فقد جمع أجناساً و كذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء و لهذا لا يصح تسميته مهراً و كذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض و الجيران و المرافق و المحال و البلدان فيتعذر الامتثال قال و إن سمى ثمن الدار و وصف جنس الدار و الثوب جاز

أو داراً (١) فالوكالة باطلة) أى و إن بين الثمن حتى لو اشترى كان الشراء واقعاً على الوكيل و به صرح في نسخ الجوامع (للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض و في العرف يطلق على الخيل و الحمار و البغل فقد جمع أجناساً و كذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء) أى من الأرفع من الثياب إلى أدونها و لكن لم يرد في اللغة ما أراده قال في تهذيب ديوان الأدب الأطلس (٢) على لون الذئب يقال ذئب أطلس و الأطلس الخلق من الثياب (ولهذا) أى و لكون الثوب الملبوس من الأطلس إلى الكساء (لا يصح تسميته مهراً) للجهالة الفاحشة (و كذا الدار) أى لا يصح توكيله بشراء الدار مطلقاً لأنها (تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الاغراض و الجيران و المرافق و المحال) جمع محلة (و البلدان) جمع بلد و إذا كان الاختلاف فيها فاحشاً (فيتعذر الامتثال) أى امتثال أمر الآمر بشراء الدار مطلقاً (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إن سمى ثمن الدار و وصف جنس الدار) بأن قال في محلة كذا (و الثوب) أى و سمى ثمن الثوب و وصف جنسه (جاز) أى التوكيل

---

(١) دارا الخ و فى الكنز: و بشراء دار أو عبد جاز إن سمى ثمنا و إلا فلا اه و قد جعل مؤلف الكنز الدار كالعبد موافقا لقاضيخانٌ لكنه أى قاضيخانٌ شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما فى فتاواه مخالفا للهداية لأنه جعلها كالثوب و ذكر فى المعراج أن ما فى الهداية مخالف لرواية المبسوط قال: و المتأخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال اه و به يحصل التوفيق فيحمل ما فى الهداية على ما إذا كانت تختلف فى تلك الديار اختلافا فاحشا و كلام غيره على ما إذا كانت لا تتفاحش كذا فى البحر. (٢) الأطلس الخ و فى تاج العروس مادة طلس: الأطلس الثوب الخلق نقله ابن سيدهٌ قال ابن القطاعٌ و قد طلس طلسا أخلق و الأطلس الذئب الامعط الذى تساقط شعره و هو أخبث ما يكون قاله الأزهريٌ و قال ابن سيدهٌ هو الذى فى لونه غبرة إلى السواد و الأنثى طلساء و قد طلس طلسة و طلس طلسا ككرم و فرح نقله ابن القطاعٌ و كل ما على لونه من الثياب و غيرها أطلس و الأطلس الرجل إذا رمى بقبيح عن شمرٌ و الأطلس الاسود الذى كالحبشى و نحوه على التشبيه بلون الذئب و الأطلس الوسخ الدنس الثياب مشبه بالذئب فى غبرة ثيابه نقله ابن سيدهٌ و الأطلس كلب شبه بالذئب فى خبثه و الأطلس السارق لخبثه شبه بالذئب اه ملخصا.

معناه نوعه و كذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا (١) أو نحوه قال و من دفع إلى آخر دراهم و قال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة و دقيقها استحساناً و القياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك و هو على ما ذكرناه إذا ذكر مقروناً بالبيع و الشراء و لا عرف في الأكل فبقي على الوضع

(معناه) أى معنى قوله في الجامع الصغير و وصف جنس الدار (نوعه) لأن تفاحشها يرتفع بذكر الوصف و الثمن (و كذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حماراً و نحوه) مثل بغل جاز و إن لم يبين الثمن كذا في المبسوط لأن الجنس صار معلوماً بالتسمية و إنما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن فإن قيل الحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظماء و منها ما لا يصلح إلا للحمل عليه قلت هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل حتى قالوا بأن القاضي إذا أمر انسانا بشراء حمار ينصرف إلى ما يركبه مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين فانه لا يجوز عليه بخلاف ما لو أمر الفاليزى بذلك كذا في المبسوط (٢) (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من دفع إلى آخر دراهم) قيد بالدفع لأنه إذا لم يدفع إليه الدراهم و قال اشتر لي حنطة أو شعيراً لم يجز لأنه لم يبين المقدار و جهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس (و قال اشتر لي بها طعاماً فهو على الحنطة و دقيقها استحساناً و القياس ان يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة) لأن الطعام اسم للمطعوم (كما في اليمين على الأكل) يعنى إذا حلف لا يأكل طعاماً فأكل فاكهة يحنث (إذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة على ما يجيء بيانه مشروحاً إن شاء الله تعالى (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أى أقوى و أرجح بالاعتبار من (٣) القياس (و هو على ما ذكرناه) أى العرف على ما ذكرناه من أنه واقع على الحنطة و دقيقها (إذا ذكر) أى الطعام (مقروناً بالبيع و الشراء) و لهذا يسمى عندهم السوق الذى يباع فيه الحنطة و دقيقها سوق الطعام و إذا كان العرف هكذا ترك القياس به لأن العرف أقوى من القياس لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص (و لا عرف في الأكل) أى في اليمين على الأكل (فبقي على الوضع) و هو أن الطعام اسم لما يطعم قال تاج الشريعة قوله و هو على ما ذكرناه قالوا هذا عرف أهل الكوفة فان سوق الحنطة و دقيقها عندهم يسمي سوق الطعام و أما في عرف غير أهل الكوفة

---

(١) حماراً أو نحوه. ن. حماراً و نحوه. (٢) المبسوط للسرخسي ص ٤٠ ج ١٩. (٣) من القياس أقول الأولى أن يقال من الحقيقة سعدية.

و قيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة و إن قلت فعلى الخبز و إن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال و إذا اشترى الوكيل و قبض ثم اطلع على عيب فله أن

فينصرف التوكيل إلى شراء كل مطعوم (و قيل) هو قول الفقيه أبي جعفر الهندواني فإنه قال (إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة) أي فالوكالة تقع على الحنطة (و إن قلت فعلى الخبز) أي و إن قلت الدراهم فتقع الوكالة على الخبز (و إن كان فيما بين ذلك) أي بين القليل و الكثير (فعلى الدقيق) و قال شيخ الإسلام خواهر زاده إن كانت الدراهم كثيرة بحيث أن تشتري بها الحنطة لا غير لا ينصرف إلى الدقيق و الخبز و ان كانت قليلة بحيث لا يشترى بها الدقيق و الحنطة فهو على الخبز لا غير و ان كانت بين القليل و الكثير فهو على الحنطة و الدقيق و لا ينصرف إلى الخبز كذا في فتاوى قاضيخان و في الفتاوى الصغرى ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في عرفهم أما في عرفنا فالطعام ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ و المشوى و نحوه فتنصرف الوكالة إلى ذلك دون الحنطة و الدقيق و الخبز و الفتوى على هذا و في القدوري عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا كان شهد وليمة فدفع اليه دراهم كثيرة فهو على الخبز و إذا (١) وكله بشراء لحم بدرهم فاشترى المطبوخ أو المشوى منه لا يجوز على الآمر إلا إذا كان مسافراً نزل خاناً و لو أمره بشراء البيض فهو على بيض الدجاجة بخلاف اليمين على أكل البيض حيث يقع على بيض الطير هذا كله من الفتاوى الصغرى (قال) أي القدوري (و إذا اشترى الوكيل و قبض ثم اطلع على عيب فله (٢) أن

(١) و إذا وكله الخ و في الهندية: و لو وكله أن يشترى له لحما بدرهم فاشترى له لحم ضأن أو بقر أو إبل لزم الآمر و ان اشترى كرشا أو بطونا أو أكبادا أو رؤسا أو أكارع أو لحما قديدا أو لحم الطيور أو الوحوش أو شاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة لا يلزم الآمر إلا أن يكون المدفوع قليلا هكذا في فتاوى قاضيخان و لو أمره أن يشترى له لحما بدرهم فاشترى شحم البطن أو الألية أو ألية فاشترى له شحما أو شحما فاشترى له ألية لم يلزم الآمر هكذا في السراج الوهاج ولو وكله أن يشترى له لحما فاشترى مشويا أو مطبوخا لم يجز على الآمر إلا إذا كان مسافرا نزل خانا و لو أمره أن يشترى له سمكا بدرهم فهذا على الطرى الكبار و لو أمره أن يشترى له رأسا فهو على رؤس الغنم دون غيرها من الابل و البقر و هو على المشوى منها دون النئ كذا في السراج الوهاج و التوكيل بشراء البيض ينصرف إلى بيض الدجاج خاصة كذا في فتاوى قاضيخان و لو أمره أن يشترى له لبنا فهذا على المتعارف في البلد من لبن البقر و الغنم و كذلك السمن و ان تساويا فهو محمول عليهما كذا في الحاوى ولو وكله بشراء دهن فهو على كل دهن يباع في السوق و كذا إذا قال فاكهة فهو على كل فاكهة تباع في السوق كذا في الذخيرة. (٢) فله أن يرده الخ و في البحر: أشار بكون الرد له إلى أنه لو رضى بالعيب فانه يلزمه ثم الموكل إن شآء قبله و إن شآء ألزم الوكيل و قبل أن يلزم الوكيل إذ اهلك يهلك من الموكل كذا في البزازية و إلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى بالمبيع عيبا مادام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة فان كان محجورا يرد على الموكل و إلى أن الموكل أجنبي في الخصومة بالعيب فلو أقر الموكل بالعيب و أنكره الوكيل فانه لا يلزم الوكيل و لا الموكل =>

يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه من حقوق العقد و هي كلها إليه فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه لأنه انتهى حكم الوكالة و لأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه و لهذا كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده قال و يجوز التوكيل بعقد الصرف و السلم لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر

يرده) أى فللوكيل أن يرد ما اشتراه على البائع (بالعيب) أى بسبب العيب (ما دام المبيع فى يده لأنه) أى لأن الرد بالعيب (من حقوق العقد و هي كلها اليه) أى الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل فى مثل هذا العقد (فإن سلمه اليه) أى فان سلم الوكيل المبيع إلى الموكل (لم يرده إلا باذنه) أى باذن الموكل (لأنه انتهى حكم الوكالة) لأنه خرج من الوكالة و انقطع حقه (و لأن فيه) أى في الرد بالعيب بعد التسليم إلى الموكل (إبطال يده) أى يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه) أى من الرد (إلا باذنه) اى باذن الموكل الذى هو صاحب اليد الحقيقية (و لهذا) أي و لأجل أن حقوق العقد كلها ترجع إلى الوكيل (كان) أي الوكيل (خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم إلى الموكل) متعلق بقوله كان خصما أى كان الوكيل خصما لمن يدعي قبل تسليم الوكيل المبيع إلى الموكل (لا بعده) أى لا بعد التسليم لأن الحقوق ترجع إليه قبل التسليم الى الموكل (قال) أي القدوري (و يجوز التوكيل بعقد الصرف و السلم لأنه) لأن عقد الصرف و السلم (عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر) في أول كتاب الوكالة و يرد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع أن المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز و أجاب الأترازي عنه بقوله فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم إليه أيضا لكونه بيعا للمعدوم إلا أنه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعاً لحاجة المفاليس و ما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس و الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره في التوكيل

=> شئ لأن الخصومة فيه من حقوق العقد و الموجب أجنبى فيه و إلى أن إقرار الوكيل يوجب رده عليه و لو أنكره الموكل لكن إقراره صحيح فى حق نفسه لا فى حق الموكل لانتهاء وكالته بالتسليم فلا يكون قوله ملزما على الموكل إلا أن يكون عيبا لا يحدث مثله فى تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل و إن أمكن حدوث مثله فى المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان على كونه عند موكله و إلا يحلفه فان نكل رده و إلا لزم الوكيل كذا فى البزازية أيضا.

و مراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره و هذا لا يجوز فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض و لا يعتبر مفارقة الموكل

و لم يرد نقضاً على الكلي الذي قاله القدوري انتهى قلت هذا ذكره غيره ايضاً (و مراده التوكيل بالإسلام) أى مراد القدورى بجواز التوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام من جهة رب السلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم و هو التوكيل من جانب المسلم إليه (لأن ذلك) أى لأن التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) و هو الموكل (و هذا لا يجوز) لأن من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لم يجز فكذلك في الديون لا يجوز نص على ذلك محمد رحمه الله تعالى في باب الوكالة بالسلم و إذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام فى ذمته و رأس المال مملوك له فاذا سلمه إلى الموكل على وجه التمليك منه كان قرضاً عليه فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في الوكيل بالشراء فإن الوكيل هو المطالب بالثمن و الثمن يجب في ذمة الموكل فينبغي أن يجوز فيما نحن فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن قلنا بين الدينين فرق فان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض و ليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا (فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدوري في مختصره أي إن فارق الوكيل بعقد الصرف و السلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) لأن القبض في المجلس شرط و لم يوجد (و لا يعتبر (١) مفارقة الموكل) قبل القبض

---

(١) و لا يعتبر الخ و في الدرالمختار: و لا اعتبار بمفارقة الموكل و لو حاضرا كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعينى و ابن ملك اه و فى رد المحتار: قوله (و ابن ملك) أى و الحدادى نقلا عن المستصفي و مشى عليه فى درر البحار و عزاه صاحب النهاية إلى الامام خواهر زاده و استشكله الزيلعى و صاحب العناية بأن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر و قال الزيلعى و اطلاق المبسوط و سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا و لو كان حاضرا و هذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر لكن أجاب العينى عن الاشكال بأن الوكيل نائب فاذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اه و تعقبه الحموى بأن الوكيل نائب فى أصل العقد أصيل في الحقوق فلا إعتبار بحضرة الموكل و به علمت أن ما ذكره الشارح أى العينى فى غير محله قلت و الذى يدفع الاشكال من أصله ما قدمه الشارح عن الجوهرة من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرا فى أصح الاقاويل و ما ذكره العينى و صاحب العناية مبنى على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته و هو ما مشى عليه فى المتن سابقا فتنبه اه.

لأنه ليس بعاقد و المستحق بالعقد قبض العاقد و هو الوكيل فيصح قبضه و إن كان لا تتعلق (١) به الحقوق كالصبي و العبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لأن الرسالة في العقد لا في القبض و ينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال و إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله و قبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية و لهذا إذا اختلفا

(لأنه ليس بعاقد و المستحق بالعقد قبض العاقد و هو الوكيل فيصح (قبضه) أي قبض الوكيل بدل الصرف (و ان كان لا تتعلق به الحقوق) كلمة إن للوصل و الضمير في كان يرجع الى الوكيل و المعنى يصح قبض الوكيل و ان كان ممن لا يلزمه العهدة (كالصبي و العبد المحجور عليه) يعني كما إذا كان الوكيل صبياً أو عبداً محجوراً لأنه العاقد قال الكاكي هذا جواب سؤال يرد على أصل الوكالة فإن الصبي و العبد المحجورين إذا توكلا يصح و لا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم و التسلم فكيف يتعلق هاهنا بهما التسليم و التسليم في بدل الصرف و هما وكيلان فيه حتى بطل الصرف و السلم بمفارقتهما قبل القبض فأجاب عنه أن قبضهما صحيح و إن كان لا يلزمهما الحقوق لأن القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد (بخلاف الرسول) أى في باب الصرف و في باب السلم و في بعض النسخ الرسولين أي الرسول في الصرف و الرسول في السلم و ليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف و الرسول من الجانبين في السلم أي من جانب رب السلم و من جانب المسلم اليه لأنه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسالة و معناه أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه على ما يجيئ و قوله بخلاف الرسول مرتبط بقوله فيصح قبضه أي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح و المعتبر قبض المرسل (لأن الرسالة في العقد) أى حصلت فيه (لا في القبض و ينتقل كلامه) أى كلام الرسول (الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أى قبض الرسول (قال) أي القدوري (و إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله و قبض المبيع فله ان يرجع به) أى بالثمن (على الموكل) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول (لأنه) أي لأن الشأن (انعقدت بينهما) أى بين الوكيل و الموكل (مبادلة حكمية) أى صار الوكيل كالبائع (٢) من المشتري و الدليل على المبادلة ما أشار اليه بقوله (و لهذا) أى و لأجل كون معنى المبادلة فيه (اذا اختلفا) أي الوكيل و الموكل

---

(١) لا تتعلق. ن. لا يتعلق. (٢) كالبائع من المشترى أقول الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل.

في الثمن يتحالفان و يرد الموكل بالعيب على الوكيل و قد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه و لأن الحقوق لما كانت إليه و قد علمه الموكل فيكون راضياً بدفعه من ماله فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل و لم يسقط الثمن لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضاً بيده و له أن يحبسه حتي يستوفي الثمن

(في الثمن يتحالفان) و التحالف من خواص المبادلة (و يرد الموكل بالعيب على الوكيل) يعني و إذا وجد الموكل عيبا بالمشترى رده على الوكيل هذا أيضاً من خواص (١) المبادلة (و قد سلم المشترى للموكل) أى و الحال أنه قد سلم المشترى للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أي يرجع الوكيل على الموكل يعني لما كان الموكل كالمشترى من الوكيل و قد سلم له المشترى أى الذي اشترى له من جهته يرجع عليه (و لأن الحقوق) دليل آخر (لما كانت اليه) أى لما كانت راجعة الى الوكيل (و قد علمه الموكل) أى و الحال أن الموكل قد علم كون الحقوق راجعة إليه (فيكون) أى الموكل (راضياً بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى مال الوكيل فاذا دفع الوكيل بسبب أمر الموكل اياه بالشراء كان الموكل راضياً ايضاً برجوع الوكيل بما أدى و لم يسقط الثمن و لا خلاف فيه للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (فان هلك المبيع في يده) أى في يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل و لم يسقط الثمن لأن يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضاً بيده) أى بيد الوكيل حكماً فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع (و له) أى للوكيل (ان يحبسه) أى المبيع (حتى يستوفي الثمن) سواء دفع الوكيل الثمن الى البائع أو لم يدفع كذا في المبسوط و قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى ليس له حبسه و قال زفرؒ ليس له حق الحبس فاذا حبسه صار غاصباً على ما يجيء الآن و عن الشافعي رحمه الله تعالى في وجه اذا نقد الثمن له حبسه و في الذخيرة لم يذكر محمد رحمه الله تعالى في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن و سامحه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفى الدراهم منه للوكيل حبس المبيع قبل نقد الثمن و حكي عن الإمام الحلوانيؒ أن له ذلك و أنه صحيح لأن حق الحبس للوكيل

(١) خواص المبادلة و فى نتائج الأفكار: لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لأنا نقول هذا دليل إنى لا دليل لمى فلا ينافى الفرعية تأمل اه و فى العناية: فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع فى كونه دليلا و انما الممتنع كونه علة لأصله اه.

لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل و قال زفرؒ ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه و لنفسه عند حبسه فإن حبسه

فى موضع نقد الثمن لأجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل و الموكل و هذا المعنى لا يختلف بين النقد و عدمه اه و قال الاترازىؒ هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة و كيف خفي عليه هذا و قد صرح محمد رحمه الله تعالى في الأصل في باب الوكالة في الشراء فقال و إذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل و قبضه فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل و أبى الموكل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء إلى هنا لفظ محمد رحمه الله تعالى في الأصل (لما بينا أنه) أى أن الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) كأنه أشار بهذا إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية و للبائع حق حبس المبيع عن المشترى بقبض الثمن فكذا للوكيل و هذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لا (و قال زفرؒ ليس له ذلك) أى حق الحبس (لأن الموكل صار قابضاً بيده) أي بيد الوكيل يعنى أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل (فكأنه سلمه إليه) أى فكأن الوكيل سلم المبيع إلى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكماً فلو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس فكذا إذا وقع في يده حكماً (قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه) يعني القبض للوكيل على وجه يصير الموكل به قابضا مما لا يمكن التحرز عنه و ما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه و لا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه و إذا كان كذلك (فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف) يعني لا نسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل موقوف فى الابتداء أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل و أن يكون لاحياء حق نفسه و انما تبين أحدهما عن الآخر بحبسه (فيقع للموكل إن لم يحبسه و لنفسه) أي و يقع لنفسه أي لنفس الوكيل (عند حبسه) فإذا حبسه تبين أنه قبضه لإحياء حق نفسه فلم يكن الموكل قابضاً حكماً فلا يسقط حقه للضرورة (فإن حبسه) أي فإن حبسه

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يلزمه العشرون بدرهم و ذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله تعالى مع قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و محمد رحمه الله تعالى لم يذكر الخلاف في الأصل لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً و صار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه أمره بشراء عشرة و لم يأمره بشراء الزيادة فنفذ (١) شراؤها عليه و شراء العشرة على الموكل

عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهماً و انما قيد به لأنه إذا كانت عشرة أرطال منه تساوى درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع ذكره في الذخيرة (لزم الموكل منه عشرة) أى عشرة ارطال (بنصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يلزمه العشرون بدرهم) إلى هنا لفظ القدوري و قال المصنف (و ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ مختصر القدوري (قول محمد رحمه الله تعالى مع قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و محمد رحمه الله تعالى لم يذكر الخلاف في الاصل) أى في المبسوط (لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة أرطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً و صار) هذا (كما إذا وكله يبيع عبده بألف فباعه بألفين) حيث جاز ذاك فكذا هذا (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بشراء عشرة) أى بشراء عشرة أرطال لحم (و لم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوى درهما و قد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه) أى ينفذ شراء الزيادة على الوكيل لكونه غير مامور به (و شراء العشرة على الموكل) أى و ينفذ شراء العشرة التي أمر الوكيل بها على الموكل لأنه إتيان بالمامور به فان قيل يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لأن العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا و قد وكله بشراء عشرة قصداً و مثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما إذا قال لرجل طلق امر أتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث و المتضمن لم يثبت لعدم التوكيل فلا يثبت ما في ضمنه ايضاً تبعاً له فأجاب عنه حميد الدين رحمه الله بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني و ما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه و ما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه و أما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق التضمن في الشراء فان قيل يشكل بأنه إذا أمره ان يشترى له ثوباً هروياً

(١) فنفذ. ن. فينفذ.

بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين و هذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال و لو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تعزير الآمر حيث اعتمد عليه و لأن فيه عزل نفسه و لا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل

بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكره في الذخيرة ناقلا عن المنتقى و اجاب عنه صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال و لا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد و صفة واحدة و كلامنا فيه و حينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أيّ عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان و إن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر و الظن و ذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولاً فلا ينفذ عليه انتهى قلت هذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل (١) اللحم من ذوات الامثال و هو مختار صاحب المحيط (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل ابي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف و بيعه بألفين (لان الزيادة هناك) أى فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) و لا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بأذن الموكل و لا بغير إذنه و لهذا لو قال بع ثوبى هذا على ان ثمنه لك لا يجوز (فتكون له) أى فتكون الزيادة للموكل (بخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير) أى الوكيل فى هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالإجماع) لوجود المخالفة (لان الأمر يتناول السمين) أى اللحم السمين (و هذا) أى و هذا الذى اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الآمر) فلم يكن ذلك له (قال) أى القدورى (و لو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدى إلى تعزير الآمر حيث اعتمد عليه) و ذلك لا يجوز (و لأن فيه) أى في شرائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة (و لا يملكه على ما قيل) لأن عزله يكون بالخلاف لا بالوفاق (إلا بمحضر (٢) من الموكل) أى إلا بحضور من وكله لا بغيبته

---

(١) من جعل اللحم الخ و أما عند غيره فلا بد من تعليل آخر و لعل ذاك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى فى القدر و القيمة و قد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان فى تطرق الخلل فى احتمال التساوى كثرة مادة و صورة و طولا و عرضا و رفعة و رقعة و أجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو و النسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خللا كذا فى العناية. (٢) إلا بمحضر من الموكل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا فى العناية و غاية البيان (و الزيلعى) أقول يرد عليه أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة منها حضور صاحبه و منها بعث =>

فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و ضمان البيع عند محمد رحمه الله تعالى و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و ضمان الغصب عند زفرؒ لأنه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه

الوكيل المبيع (فهلك (١)) أي المبيع (كان مضموناً ضمان (٢) الرهن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى) حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط و إلا رجع بالفضل على الموكل (و ضمان البيع عند محمد رحمه الله تعالى) قلت قيمته أو كثرت (و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي قول محمد رحمه الله تعالى هو قول أبي حنيفة رحمه الله (و ضمان الغصب عند (٣) زفرؒ لأنه) أي لأن الحبس (منع بغير حق) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلا و قيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف رحمه الله يرجع الوكيل على الموكل بالفضل و هو الخمسة فتظهر فائدة ضمان الغصب في عكس هذا و هو أن يكون قيمة المبيع خمسة عشر و الثمن عشرة يرجع الموكل على الوكيل بخمسة فعند زفرؒ يرجع الموكل على الوكيل بمثله إن كان مثلياً و بقيمته بالغة ما بلغت و على قول محمد رحمه الله تعالى لا يتفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلا لأنه يسقط بهلاك المبيع فلا يجب شيء أصلا (لهما) أي لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن الوكيل (بمنزلة البائع منه) أي من الموكل

---

(١) فهلك الخ و في البحر: قيد بالهلاك لأنه لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شئ من الثمن لأنه وصف و الأوصاف لا يقابلها شئ لكن يخير الموكل إن شآء أخذه بجميع الثمن و إن شآء ترك كذا في زيادات قاضيخانؒ و قيد بالوكيل بالشراء لأن الوكيل باستئجار الدار إذا استأجر للموكل داراً سنة بمائة درهم و شرط التعجيل أو لم يشترط و قبض الوكيل الدار لا يكون له أن يحبسها من الموكل بالأجر فان حبسها حتى مضت المدة ذكر في بعض الروايات أن الأجر على الوكيل ثم الوكيل يرجع على الموكل و لا يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل بخلاف ما إذا غصبها غاصب فان ثمة لا يجب الأجر على الموكل و لا على الوكيل و في بعضها يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل كذا في الخانية و في بيوع البزازية: و إن نقد الوكيل بالشراء الثمن من ماله ثم لقيه الموكل في بلد آخر و المشترى ليس عنده و طلب منه الثمن فأبى إلا أن يسلم المشترى فان كان الآمر طالبه بتسليمه حين كان المشترى بحضرتهما و لم يسلمه حتى يقبض الثمن له أن لا يدفع الثمن حتى يقبض المشترى لأنه امتنع عن تسليم المشترى حال حضرته فلأن يمنع حال غيبته و إن كان الآمر لم يطلبه منه حال حضرة المشترى ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن لأنه صار دينا في ذمة الآمر اه. (٢) ضمان الرهن يعنى يهلك بالأقل من قيمته و من الثمن. (٣) عند زفرؒ فان كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف و إن كان الثمن عشرة و القيمة خمسة عشر فعند زفرؒ يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة و عند الباقين يضمن عشرة و ان كان بالعكس فعند زفرؒ يضمن عشرة و يطلب الخمسة من الموكل و كذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته و الدين و عند محمد رحمه الله تعالى يكون مضمونا بالثمن و هو خمسة عشر ابن كمال كذا في الشامية.

فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن و هو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه و ههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل و الوكيل كما إذا رده الموكل بعيب و رضي الوكيل به قال و إذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يبا ع منه عشرة أرطال بدرهم

(فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط) أي الثمن (بهلاكه) أي بهلاك المبيع (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد إن لم يكن) أى بعد إن لم يكن مضمونا لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس و صار مضموناً بعد الحبس (و هو الرهن (١) بعينه) يعني بمعنى الرهن لا بمعنى البيع فإن المبيع مضمون قيل الحبس بنفس العقد (بخلاف (٢) المبيع) فإنه ليس كذلك (لأن البيع ينفسخ بهلاكه) أي بهلاك المبيع و ههنا لا ينفسخ أصل العقد) بل يبقى بين الوكيل و بائعه فلا يكون نظير المبيع فأجاب المصنفؒ عنه بقوله (قلنا ينفسخ في حق الموكل و الوكيل) و إن لم ينفسخ فى حق البائع و الوكيل و مثله لا يمتنع (كما إذا رده الموكل بعيب و رضي الوكيل به) فإنه يلزم الوكيل و ينفسخ العقد فيما بين الموكل و الوكيل و إن لم ينفسخ بينه و بين بائعه و قال الا ترازيؒ هذه مغالطة على أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع و بين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الأول ينفسخ البيع و في الثاني لا و انفساخ البيع بين الوكيل و الموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزا ع انتهى و قال الأكملؒ قيل و هذا مغالطة على أبي يوسف رحمه الله تعالى ...... إلى آخر ما ذكره الاترازيؒ ثم قال و انه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ و بطل الفرق بل إذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف رحمه الله تعالى غلطاً أو مغالطة و ذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع و إذا انفسخ العقد بين المشترى و بائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع و بائعه فكان ذكره احدهما يعني غلطاً أو مغالطة (قال) أي القدوريؒ (و إذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى (٣) عشرين رطلاً بدرهم من لحم يبا ع منه عشرة أرطال بدرهم) أي إذا كانت

---

(١) و هو الرهن بعينه هذا لا ثبات مدعاه. (٢) بخلاف المبيع هذا لنفى قولهما صريحا. (٣) فاشترى عشرين الخ و فى البحر قيد بالزيادة الكثيرة لأن القليلة كعشرة أرطال و نصف رطل لازمة للآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة كذا فى غاية البيان.

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني و هو غائب يثبتَ الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فنفذ عليه و لو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً

قال في التتمة هذا إذا كان الموكل غائبا فان كان حاضراً وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه لأنه خالف أمر الآمر فنفذ الشراء على نفسه بخلاف الوكيل بنكاح امرأة بعينها تزوجها لنفسه بنفسه يصح و الفرق بينهما ان النكاح الذى اتى به الوكيل غير داخل تحت الأمر اذا الآمر أمره بنكاح مضاف اليه و قد أتى بنكاح مضاف إلى نفسه فإن الوكيل بالنكاح يضيفه إلى الموكل و في الشراء مأمور بالشراء مطلقاً لا مضافاً إلى الآمر فقد أتى بما دخل تحت الوكالة فيقع لموكله (فلو كان الثمن مسمى) إلى الآخر ثلاثة أوجه ذكرها المصنفّ تفريعاً على مسألة القدوري الوجه الأولى هو قوله فلو كان الثمن مسمى يعني وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أي بخلاف جنس المسمى بأن سمى دراهم فاشترى بدنانير الوجه الثاني هو قوله (أو لمم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالمكيل و الموزون الوجه الثالث هو قوله (أو وكل) أي الوكيل وكل (وكيلا بشرائه فاشترى الثاني) أي فاشترى الوكيل الثاني (و هو غائب) أي و الحال أن الوكيل الأول غائب (يثبت الملك للوكيل الأول) أى لموكل الوكيل الثاني (في هذه الوجوه) الثلاثة المذكورة (لأنه) أى لأن الوكيل الأول (خالف أمر الآمر) و هو الموكل (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الأول (و لو اشترى الثاني) أي الوكيل الثاني (بحضرة الوكيل الأول نفذ) أى الشراء (على الموكل الأول لأنه حضره رأبه) أى رأى الوكيل الأول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الأول مخالفا لأمر آمره فإن قيل يشكل هذا بما لو وكل الوكيل غيره بطلاق أو عتاق فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الوكيل الأول لا يقع ذكره في الذخيرة و التتمة

=> الكتاب و وصوله إليه و منها إرسال الرسول و تبليغ الرسالة و منها إخبار واحد عدل أو إثنين غير عدلين بالاجماع أو إخبار واحد عدلا كان أو غيره عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع و إشتراط علم الآخر فى فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل لأن إنتفاء سبب واحد لا يستلزم إنتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقرير اللهم إلا أن يحمل وضع المسألة على إنتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا و يحتمل أن يكون السر فى إقحام المصنفّ قوله "على ما قيل" الايماء إلى ذلك فتأمل كذا قاله المحقق قاضى زادهؒ فى نتائج الأفكار.

قال و إن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل قال هذه المسألة على وجوه إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر و هو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلاً و خلافاً و هذا بالإجماع و هو مطلق و إن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً (١) لحاله على ما يحل له شرعاً

قلنا إن الوكيل بالطلاق و العتاق رسول لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل و تفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى و الطلاق و العتاق إذا انفردا عن مال فلا حاجة فيهما إلى رأى فلما تعذر العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازاً عن الرسالة لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة و الرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور فيهما مأموراً بنقل عبارة الآمر أما البيع وغيره فمما يحتاج فيه إلى الرأى فيعمل بحقيقة الوكالة كذا في الذخيرة (قال) أي القدوريّ (و إن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل) هذا كله لفظ القدوريّ (قال) أى المصنفّ (هذه المسألة على وجوه) أشار إلى الوجه الأول بقوله (إن أضاف) أي الوكيل (العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر) و قال المصنفّ (و هو المراد عندي بقوله) أى بقول القدورىّ أو يشتريه بمال الموكل أشار اليه بقوله (أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله) أى مال الموكل (لأن فيه) أي في النقد من مال الموكل بعد الشراء مطلقاً (تفصيلا) أراد به صورة التكاذب و التوافق ففي التكاذب يحكم النقد اتفاقاً (و خلافاً) أى في التوافق على عدم النية يحكم النقد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى العقد للوكيل على ما يأتي بيانه مشروحاً (و هذا بالإجماع) أي لو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع (و هو مطلق) أى قول القدورىّ أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه و الوجه الثاني هو قوله (و إن أضافه إلى دراهم نفسه) أي إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم نفسه (كان لنفسه) يعني يقع العقد له (حملا لحاله) أي حال الوكيل (على ما يحل له شرعاً) لأنه لما أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقعاً للوكيل و إذا كان وقع العقد للوكيل كان (٢) غاصباً لدراهم الآمر

---

(١) حملا لحاله الخ أقول فى كلام المصنفّ تعقيد و إضطراب. (٢) كان غاصبا الخ أقول فيه نظر لأن الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر و أما إذا أضاف إلى دراهم الآمر و لكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا كذا فى نتائج الأفكار.

أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً و عرفاً و إن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر و إن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه و يعمل للآمر في هذا التوكيل و إن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا و إن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله تعالى هو للعاقد لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه

و هو لا يحل شرعاً (أو يفعله عادة) عطف على قوله يحل له يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافاً إلى دراهم معينة فإنه يقع الشراء لصاحب الدراهم (إذ الشراء) أي لأن الشراء (لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً) لأن الأصل هو الوفاء بالعهد بالنص (و عرفاً) لأن الأصل هو الوفاء بالعادة و الوجه الثالث هو قوله (و إن (١) أضافه) أي العقد (إلى دراهم مطلقة) يعني من غير إضافة إلى دراهم أحد ففيه تفصيل أشار إليه بقوله (فان نواها) أى فان نوى نية الشراء (للآمر فهو) أى العقد (للآمر و إن نواها لنفسه فلنفسه) أي فكان العقد لنفسه (لأن له) أي للوكيل (أن يعمل لنفسه و يعمل للآمر في هذا التوكيل) أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فيعمل فيه لنفسه إصالة و يعمل لغيره وكالة لأن المأمور به غير معين فكانت نيته معتبرة و الوجه الرابع هو قوله (و إن تكاذبا) أي الموكل و الوكيل (في النية) بأن قال الموكل اشتريته لي و قال الوكيل اشتريته لنفسي (يحكم) على صيغة المجهول من التحكيم (النقد بالاجماع) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لأنه) أى لأن تحكيم النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة و الوجه الخامس هو قوله (و إن (٢) توافقا) أي الموكل و الوكيل (على انه) أى الوكيل (لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالي (قال (٣) محمد رحمه الله تعالي هو للعاقد لأن الاصل أن كل واحد يعمل لنفسه

---

(١) و إن أضافه الخ هذا إذا اشتراه بثمن حال و إن بمؤجل فهو للوكيل قال في التتارخانية: و إن اشترى بدراهم مطلقة فهو على وجهين: إن اشترى حالاً يحكم النقد إن نقد من دراهم الموكل فالشراء للموكل و إن نقد من مال نفسه فالشراء له و إن لم ينقد يرجع في البيان إلى الوكيل ثم قال: و إن اشترى مؤجلا فالشراء يكون للوكيل حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل كذا في المنحة على البحر. (٢)و إن توافقا الخ أقول ههنا إحتمالان آخران أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي و الثاني عكس هذا كذا في السعدية. (٣)قال محمد رحمه الله تعالى الخ و قول الامام أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما ذكره العراقيون مع محمد رحمه الله تعالى وغيرهم ذكروه مع الثاني أى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في البحر.

إلا إذا ثبت جعله لغيره و لم يثبت و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه و لأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر و فيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب و التوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه

إلا إذا ثبت جعله) أي جعل العمل (لغيره) بالاضافة إلى ماله أو بالنية له (و لم يثبت) أى و الفرض انه لم يثبت (و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقاً) يعني من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) اراد بهما وقوع الشراء للموكل و وقوعه للوكيل (فيبقى موقوفاً فمن أيّ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه و لأن مع تصادقهما) يعني على أنه لم يحضره النية (يحتمل النية للآمر) لاحتمال أن يكون نوى الآمر ثم نسيه (و فيما قلناه) أي في تحكيم النقد (حمل حاله) أي حمل حال الوكيل (على الصلاح) و هو أن لا يكون الوكيل غاصباً على تقدير النقد من مال الآمر (كما في حالة التكاذب) فإن قلت كيف قلتم إذا اضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع الشراء له و إن أضافه إلى دراهم نفسه يقع الشراء له و الدراهم و الدنانير لا تتعين في العقود و الفسوخ عندنا فكانت الإضافة و عدم الإضافة سواء قلت لا نسلم انها لا تتعين مطلقاً بل (١) تتعين في الوكالات و به صرح المصنفّ في أواخر هذا الفصل في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و سيجيء بيان تمامه إن شاء الله تعالى (و التوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه) أي على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشراء فان أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الآمر كان السلم له و إن اضافه إلى دراهم نفسه كان له و ان عقده مطلقاً من غير إضافة إلى دراهم أحد فإن

---

(١) بل تتعين الخ أقول في الجواب بحث و هو أن النقود لا تتعين فى الوكالات قبل التسليم بالاجماع و كذا بعده عند عامة المشايخّ و انما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبى حنيفة صرح به فى عامة المعتبرات و جواب مسئلة الاضافة إلى دراهم الآمر و إلى دراهم نفسه غير مقيد بكون الاضافة بعد التسليم و غير مختص بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى بل هو مطلق و بالاجماع فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد و المختلف فيه و كأن الامام الزيلعيّ تنبه لهذا حيث قال فى شرح الكنز فى تعليل مسألة الاضافة إلى ثمن معين لأن الثمن و إن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به و قد تعين قدره و وصفه و لهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة اه لكنه لم يأت أيضا بما يشفى الغليل ههنا كما ترى ثم أقول الأولى فى الجواب أن يقال ليس العلة فى كون العقد لمن أضافه إلى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين فى مسئلتنا هذه و قد أشار إليه صاحب الكافيّ حيث قال و الدراهم و إن لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشئ لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مستنكر شرعا و عرفا اه كذا فى نتائج الأفكار.

قال و من أمر رجلاً بشراء عبد بألف فقال قد فعلت و مات عندي و قال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه و هو الرجوع بالثمن على الآمر و هو ينكر و القول للمنكر و في الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله و لو كان العبد حياً حين اختلفا إن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه أمين و إن لم يكن منقوداً فكذلك عند أبي يوسف و

نوى السلم للموكل كان له و إن نوى لنفسه كان له و إن تكاذبا يحكم النقد و إن توافقا على انه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد رحمه الله تعالى و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى يحكم النقد فعن دراهم أيهما نقد فالعقد له (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت و مات عندي و قال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر) هذا إذا لم يدفع الثمن و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و احمد رحمه الله تعالى في رواية و قالا في وجه آخر القول للمأمور (فان كان دفع اليه) أي الى الوكيل (الألف فالقول قول المأمور) بلا خلاف (لان في الوجه الاول) و هو الوجه الذي لم يدفع الثمن فيه (أخبر (١) عما لا يملك استئنافه) أي لا يقدر على إنشاء ه أى إنشاء العقد اذ العبد ميت و من أخبر عما لا يملك إنشاء ه في الحال لا يكون القول له كما لو قال راجعت ان كانت العدة باقية فانه يصدق لأنه يملك انشاء ه و الا فلا كذا ههنا (و هو (٢) الرجوع بالثمن على الآمر) و انما قال و هو الرجوع و لم يقل و هو العقد لأن مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لأجل الآمر فترك الواسطة و هى العقد و صرح بالمقصود و هو الرجوع فكأنه ذكر المسبب و أراد السبب و هو جائز لأن الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر (و هو) أي الآمر (ينكر و القول للمنكر) (و في الوجه الثاني) و هو الوجه الذي دفع الثمن فيه (هو) أى الوكيل (أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله) لأنه أمين (و لو كان العبد حياً حين اختلفا) فقال المأمور اشتريته لك و قال الآمر اشتريته لنفسك (ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين) و اخبر عما يملك انشائه في الحال (و ان لم يكن) أى الثمن (منقوداً فكذلك) أى فالقول للمأمور أيضا (عند ابي يوسف و

(١) أخبر عما لا يملك الخ أقول قال صدر الشريعة أخبر بامر لا يملك اه بدل عن الباء و هو الأولى سعدية. (٢) و هو الرجوع بالثمن أقول أى الاخبار المذكور أسند إليه الرجوع إسنادا مجازيا أو راجع إلى ما لا يملك و المراد بالرجوع بالثمن سببه أعنى العقد أو يقدر المضاف فى قوله إستئنافه أى إستيناف سببه كذا فى السعدية.

محمد رحمهما الله تعالى لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك و لا ثمن في يده ههنا و إن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا و العبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود و هذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه و لا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر

محمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه) أى عن الشراء لأجل (١) الآمر (و عند ابي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة) لأنه ربما اشتراه لنفسه و وجد به عيباً او لم يعجبه فلما لم يوافقه اراد أن يلزمه الآمر لخسارة الصفقة و مثله متعارف بين الوكلاء فلا يقبل قوله لهذه التهمة و هذا حاصل معنى قوله (بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر) أي ألزم الصفقة الآمر (بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه) أى لأن الوكيل (أمين فيه) أى فى هذا الثمن أو فى هذا الوجه (فيقبل قوله تبعاً لذلك) أي يقبل قول الوكيل اشتريت لك عبداً و مات عندي تبعاً لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة التي هي الألف المنقودة (و لا ثمن في يده ههنا) أى لا ثمن فى يد الوكيل فيما إذا كان العبد حيا و الثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الأمانة فافترقا (و إن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا) بأن قال الآمر اشتريته لنفسك و قال المأمور بل اشتريته لك (و العبد حي) أي و الحال أن العبد حي (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود و هذا بالإجماع لأنه) أى لأن المامور (أخبر عما يملك استئنافه) على قولهما (و لا تهمة فيه) على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى هكذا قاله بعض الشارحين و قال الأترازي هذا بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله و لا تهمة فيه وحده انتهى قلت لا بعد فيه لأن المسألة متفقة مع اختلاف التخريج و قال الكاكي و يمكن أن يقع قوله يملك استئنافه على قول الكل (لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته) أي غيبة الموكل قيد به إذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لأنه يملك عزل نفسه حال حضرته (على ما مر) أشار به إلى قوله و لأن فيه

(١) لأجل الآمر فان قيل الشراء لا يتوقف بخلاف البيع لما وقع شراؤه أولا للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استئناف الشراء دائر مع التصور فيتصور أن يتفاسخ الوكيل بيعه مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل كذا فى الكفاية.

بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله تعالى و من قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جآء فلان و قال أنا أمرته بذلك فإن فلاناً يأخذه لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار

عزل نفسه و لا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل (بخلاف غير المعين) أي بخلاف ما إذا كان العبد غير معين (على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله تعالى) أشار به إلى دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى قبل خطوط و هو قوله لأنه موضع تهمة (١) (و من قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جآء فلان و قال أنا أمرته بذلك فإن فلاناً يأخذه) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير قوله لفلان أي لأجل فلان يعني أن فلاناً أمرني أن اشتري هذا العبد لأجله فباعه صاحب العبد ثم أنكر المقر أمر فلان بعد الشراء و قال لم يكن فلاناً أمرني بل اشتريته لنفسي ينعقد البيع للحال قوله فإن فلاناً يأخذه يعني له ولاية أخذه (لأن قوله السابق) أي قول المشتري السابق و هو قوله بعني هذا العبد لفلان (٢) (إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار

---

(١) تهمة إعلم ان المسألة المذكورة على ثمانية أوجه كما قال الزيلعي لأنه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا ثم قال فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور و إن كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر و إن كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما و كذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في غير موضع التهمة و في موضع التهمة القول للآمر اه كذا في الشامية ثم اعلم أن صاحب الهداية قد ذكر ستة أوجه منها مدللا و مفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان و هما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه و يكون العبد هالكا و الثمن منقودا أو غير منقود فان كان منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة و إن كان غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه و يريد بذلك الرجوع على الآمر و هو منكر فالقول له كذا في العناية أقول دليل الوجه الأخير منها محل إشكال فان الآمر و إن كان منكرا لاشتراء المامور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك و قد تقرر أن الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراء ه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لانكار الآمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضا فتأمل كذا في النتائج. (٢) لفلان الخ فان قيل قوله "لفلان" ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الشفعة لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك قلنا اللام للتمليك و الاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينة و سؤال التسليم من الأجنبي قرينة في مسألة الشفعة و لهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم و ليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في النتائج عن الظهيرية.

اللاحق فإن قال فلان لم آمره لم يكن (١) ذلك له لأن الإقرار ارتد برده قال إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه و عليه العهدة لأنه صار مشترياً بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتي لزمه ثم سلمه المشتري له و دلت المسألة على أن

اللاحق) بعد ذلك لأنه مناقض و لا قول للمناقض (فإن قال فلان لم آمره لم يكن له) أى لفلان على العبد سبيل (لأن الإقرار) أى لأن إقرار المقر (ارتد برده) أي برد المقر له فاذا عاد إلي تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار فلم يصح له تصديقه و لزم الشراء للمشتري (قال) الظاهر أن قائله محمد رحمه الله تعالى لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير (إلا أن يسلمه المشتري له) استثناء من قوله لم يكن له أي لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم اليه و إنما ذكر صورة التسليم اليه لأن فلاناً لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري و قوله إلا أن يسلمه المشتري روى المشتري بكسر الراء و فتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا و قوله له أي لأجله و يكون المفعول الثاني محذوفاً و هو اليه أي إلا أن يسلمه الفضولي العبد الذى اشتراه لأجل فلان اليه و على الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر و هو فلان و يكون الفاعل مضمرا أي إلا أن يسلم الفضولي العبد الى المشترى له و هو فلان (فيكون بيعاً عنه) أى فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ عن فلان (و عليه العهدة) أي على فلان العهدة أي عهدة الأخذ بتسليم الثمن و قال الأترازي يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي كانت العهدة للأخذ على المشترى كذا فسره فخر الدين قاضي خان و فخر الإسلام البزدوي و هو المفهوم من كلام محمد رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن الآخذ (صار مشترياً بالتعاطي كمن اشترى) أى كالفضولى الذى اشترى (لغيره بغير أمره حتى لزمه) أي لزم العقد المشتري (ثم سلمه المشترى) بفتح الراء (له) أى لأجله حيث كان بيعا بالتعاطي (و دلت (٢) المسألة) أي المسألة المذكورة (على أن

---

(١) لم يكن ذلك له. ن. لم يكن له. (٢) دلت المسألة الخ قلت: و دلت أيضا على أن بعنى لفلان ليس إضافة إلى فلان إذ لو كان إضافة الشراء له لتوقف قولهم إن شراء الفضولى لا يتوقف إلا إذا اضافه إلى غيره و صورة إضافته إلى غير المشترى أن يقول بع عبدك من فلان كما في فتح القدير من بحث الفضولى فلم يضفه المشترى إلى نفسه و إنما أضافه إلى الغير بخلاف بعنى لفلان فانه أضافه إلى ياء المتكلم و فى فروق الكرا بيسي: شراء الفضولى على أربعة أوجه الأولى: أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا و الفضولى يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت و لم يقل لفلان فهذا يتوقف الثاني: أن يقول البائع بعت من فلان بكذا و المشترى يقول اشتريته لأجله أو قبلت يتوقف الثالث: بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت و نوى أن يكون لفلان فانه ينفذ عليه الرابع: أن يقول اشتريت لفلان بكذا و البائع يقول بعت منك بطل العقد فى أصح الروايتين اه كذا فى البحر.

التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي و إن لم يوجد نقد الثمن و هو يتحقق في النفيس و الخسيس لاستتمام التراضي و هو المعتبر في الباب قال و من أمر رجلاً بأن يشتري له عبدين بأعيانهما و لم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق فيجرى على إطلاقه و قد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء و هذا كله بالإجماع و لو أمره بأن يشتريهما بالألف و قيمتهما سواء فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه قابل الألف بهما و قيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان أمراً بشراء كل

التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي و إن لم يوجد نقد الثمن) قال فخر الإسلامّ وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون بأخذ و إعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع و التمليك و إن كان أخذاً بلا إعطاء كعادة الناس (و هو) أي البيع بالتعاطي (يتحقق في الخسيس و النفيس) يعني من خسيس الأشياء و نفيسها (لاستتمام التراضي و هو المعتبر) أي التراضي هو المعتبر (في الباب) أي في باب البيع فلما وجد التراضي فى الخسيس و النفيس انعقد البيع بالتعاطى فيهما خلافاً لما يقوله الكرخيّ إن بيع التعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أمر رجلا بأن يشتري له عبدين بأعيانهما (١) و لم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) يعني عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين (فيجرى على إطلاقه و قد لا يتفق الجمع بينهما) أي بين العبدين (في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه) فإنه لا يجوز (لأنه توكيل بالشراء) و هو لا يحتمل الغبن الفاحش (و هذا كله بالإجماع) بين الأصحابّ بخلاف التوكيل بالبيع فان أبا حنيفةّ يجوز البيع بغبن فاحش (و لو أمره) أى أمر رجلا (بأن يشتريهما) اى العبدين (بألف و قيتهما سواء) أى و الحال أن قيمتهما سواء (فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز) أى الشراء و يقع عن الموكل (فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه) أي لأن الآمر (قابل الألف بهما و قيمتهما سواء) أي و الحال أن قيمة العبدين سواء (فيقسم) أى الالف (بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة فيعمل بها عند عدم الصريح و عند وجوده يعمل به لقوته (فكان أمراً بشراء كل

---

(١) بأعيانهما أقول هذا من قبيل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فان صيغة الجمع استعملت فى المثنى مجازا كذا فى السعدية ثم الظاهر أن التقييد بالمعنيين إتفاقى فغير المعين كالمعين إذا نواه للموكل أو اشتراه له كذا فى البحر.

واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة و بأقل منها مخالفة إلى خير و بالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً لأن شراء الأول قائم و قد حصل غرضه المصرح به و هو تحصيل العبدين بالألف و ما ثبت الانقسام إلا دلالة و الصريح يفوقها و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه و قد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف و هو فيما قلنا و لكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر

واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أي بخمسمائة (موافقة و بأقل منها) أى الشراء بأقل من خمسمائة (مخالفة إلى خير و بالزيادة إلى شر) أي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر سواء (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما) أى قبل أن يختصم الآمر و المامور لثبوت المخالفة فيجوز حينئذ و يلزم الآمر (استحساناً) قيد به إذ في القياس لا ينفذ على الآمر لثبوت المخالفة و هو قول الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه الاستحسان هو قوله (لأن شراء الأول) أى العبد الأول (قائم و قد حصل غرضه المصرح به) أى غرض الآمر الذي صرح به (و هو تحصيل العبدين بالألف و ما ثبت الانقسام إلا دلالة و الصريح يفوقها) أى يفوق الدلالة حاصل المعنى الانقسام بالسوية كان ثابتاً بطريق الدلالة و إذا جاء الصريح و أمكن العمل به بطل الدلالة (و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس في مثله و قد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق) يعني غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف و هو) أي المتعارف (فيما قلنا) أى فيما يتغابن الناس فيه (و لكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر) و قال (١) الفقيه أبوالليث في شرح الجامع الصغير احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها و أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى قالا في الذي يتغابن الناس في مثله أنه يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف و احتمل أن المسألة فيها اختلاف في قول

---

(١) قال الفقيه الخ قال شيخ الاسلام و الظاهر أن المسألة على الاختلاف فانه أطلق الجواب على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي و فصله على قولهما اه و المصنف إختار ما ذهب إليه شيخ الاسلام حيث قال و بالزيادة إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز كذا فى النتائج.

قال و من له على آخر ألف درهم فأمره بأن (١) يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع و لو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى و إن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري و إن قبضه الآمر فهو له و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور و على هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم و الدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً

أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيراً لا يجوز على الآمر و في قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع و لو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى) إشارة إلى ما ذكره بقوله بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلا عنه في القبض (و إن أمره أن يشتري بها) أي بالالف التي على الآخر (عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده) أى فمات العبد فى يد المشترى (قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري) فالألف عليه (و إن قبضه الآمر فهو له) أى العبد للآمر (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله (هو) أي العبد (لازم للآمر) في الوجهين و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله (إذا قبضه المأمور) أي الوكيل (و على هذا) أي و على هذا الخلاف (إذا أمره) أى إذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقد السلم (أو يصرف ما عليه) أي أو يعقد عقد الصرف فان عين المسلم إليه و من يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق و إلا فعلى الاختلاف و إنما (٢) خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس (لهما) أى لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الدراهم و الدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً) يعني لا يكون في الذمة ثم اوضح ذلك بقوله

---

(١) بان. ن. أن. (٢) و انما خصنهما الخ أقول فيه نظر إذ قد سبق فى أوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف و السلم مدللة و مفصلة مع التعرض لأحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما و هل يليق بشان المصنف دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندى أن تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد فى الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى السلم و الصرف أيضا أم لا بناء على أن لهما شانا مخصوصا فى بعض الأحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر فى آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه و التوكيل فى الاسلام بالطعام على هذه الوجوه كذا فى نتائج الأفكار.

ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق و التقييد فيه سواء فيصح التوكيل و يلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها تتعين في الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة فإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه و ذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين علي غير المشتري

(ألاترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد) و يجب مثل ذلك الدين فاذا لم يتعين دراهم الدين صار التقييد و الاطلاق سواء و هو معنى قوله (فصار الإطلاق) بأن قال بألف و لم يضفه إلى ما عليه (و التقييد) بأن أضافه إلى ما عليه (فيه) أى في عقد تبايع العين بالدين (سواء) فإذا كان كذلك (فيصح التوكيل و يلزم الآمر) أى و يلزم العقد الآمر (لأن يد الوكيل كيده) فصار كما لو قال تصدق بما لى عليك على المساكين فإنه يجوز و كما لو آجر حماما أو دابة و أمر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الأجرة أو بشراء عبد يسوق الدابة و ينفق عليها فانه (١) يصح (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها) أى أن الدراهم و الدنانير (تتعين في الوكالة) قال شيخ الإسلامؒ تتعين بعد القبض أما قبل القبض لا تتعين بلا خلاف ذكره محمد رحمه الله تعالى في الزيادات ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها) أى من الدراهم و الدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أى الآمر أو الوكيل (العين أو اسقط الدين) أى الموكل أسقط الدين بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل بشراء العبد به (بطلت الوكالة) و نقل الناطفيؒ في الاجناس عن الاصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل و قد أمره ان يشترى بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل و هو ضامن لدنانير الموكل ثم قال الناطفيؒ هذه المسألة تدل على أن الدراهم و الدنانير تتعينان في الوكالة (فاذا تعينت) أى الدراهم و الدنانير في الوكالات و هو من تتمة الدليل و تقريره أن الدراهم و الدنانير تتعين فى الوكالات و إذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (و ذلك) أى تملك الدين من غير من عليه الدين (لا يجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما إذا اشترى بدين على غير المشترى) بأن كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو

(١) فانه يصح أقول إنما يصح اتفاقا للضرورة لأن المستأجر لا يجد الآمر فى كل وقت فأقيمت العين مقام المؤجر فى القبض كذا فى البحر.

أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله و ذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض ثم يتملكه و بخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المال لله تعالى و هو معلوم و إذا لم يصح التوكيل

فانه (١) لا يجوز (أو يكون أمراً) عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين أى أو يكون أمرا (بصرف) أى بدفع (ما لا يملكه إلا بالقبض قبله) أى قبل القبض و ذلك لأن الديون تقضي بأمثالها فكان ما ادى الديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون و لا يملكه الدائن قبل القبض (و ذلك باطل) أى الامر بدفع ما لا يملكه باطل و صار هذا (كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت) فإنه باطل لأنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما إذا عين البائع) أي بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع (لأنه يصير وكيلا عنه) أى عن الموكل (في القبض) تصحيحاً لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أي ثم يتملكه البائع و اعترض بانه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض أولاً لكونه معيناً و أجيب (٢) بأن عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط و هو أداء الثمن على الغير (بخلاف ما إذا أمره بالتصدق) هذا جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق (لأنه) أى الآمر بالتصدق (جعل المال لله عزوجل و هو معلوم) أى الله تعالى معلوم (و إذا لم يصح التوكيل) و هذا رجوع إلى اول

(١) فانه لا يجوز فكان تقديره كما إذا اشترى المشترى شيئا بدين على غير نفسه كذا فى النهاية و قال تاج الشريعةؒ فى شرح هذا المقام أى كما إذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور اه و وافقه صاحب الغايةؒ حيث قال يعنى كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلا أن يشترى بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه اه و بين المعنيين تغاير لا يخفى كذا فى النتائج. (٢) أجيب الخ أقول فى هذا الجواب بحث أما أولاً فلأن البائع لو جعل هنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط اداء الثمن على الغير بل يكون اداء الثمن على المشترى بيد وكيله كما فيما إذا كان الموكل عين البائع و أما ثانيا فلأن النقود لما لم تتعين فى المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا أصلا و أما ثالثا فلأنه لو كان عدم الجوازهنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنفؒ فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى ارتباط بما قبله و لما كان لقول الشارحؒ فى شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى تأمل و أجيب عن الاعتراض المذكور فى بعض الشروح بوجه آخر أيضا و هو أن البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا فى ضمن المبايعة ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن و المبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لأن التوكيل بالقبض يثبت فيه بأمر الآمر و انه يسبق الشراء و بخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة و يثبت الأمر من الواهب للموهوب له بالقبض فى ضمن الهبة لأن الملك يتوقف إلى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى كذا فى نتائج الأفكار.

نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطياً قال و من دفع إلى آخر ألفاً و أمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها

البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور) فإذا هلك عنده (فيهلك من ماله) أى من مال المامور (إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطياً) أي من حيث التعاطي يعني إذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فإن هلك عنده هلك من ماله فائدة: الدراهم (١) و الدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات و فسوخها عندنا خلافاً لزفر و الشافعي رحمه الله تعالى كلما لا يتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً و لهذا إذا اشترى شيئاً بدين له على البائع ثم تصادقا على انه لا دين له لا يبطل الشراء و وجب مثل ذلك الدين و ذكر في الزيادات أن الدراهم و الدنانير يتعينان في الهبة و الصدقة و الوصية و المضاربة و الشركة قبل القبض و التسليم و قال الشيخ أبوالمعين النسفيّ في شرح الجامع الكبير اختلف مشايخناً في الدراهم و الدنانير أنهما عند الاشارة اليهما هل يتعينان في العقود أم لا قال أبوطاهر الدياسّ أنهما لا يتعينان و حكاه عن القاضى أبي حازمّ و هو قول أكثر مشايخ بلخ و نسبه الشيخ أبوسهل الشرعيّ إلى عامة المشايخّ و قال الكرخيّ إذا أشار إليها لتعينت و لكن مع هذا للمشتري أن يمنعها و يدفع غيرها لعدم التفاوت بينها و بين غيرها و فسر الشيخ أبوالمعينّ قول الكرخيّ بأنهما يتعينان في العقود جوازاً لا وجوباً ثم قال و عن أصحابنا روايتان في الدراهم و الدنانير هل يتعينان في العقود الفاسدة و المختار عدم التعيين ثم اعلم (٢) أن عدم تعيين الدراهم و الدنانير في حق الاستحقاق لا غير فإنهما يتعينان جنساً و قدراً و وصفاً بالإتفاق و به صرح الإمام العتابيّ في شرح الجامع الصغير (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من دفع إلى آخر ألفاً و أمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها

(١) الدراهم الخ و فى الأشباه: النقد لا يتعين فى المعاوضات و فى تعيينه فى العقد الفاسد روايتان و رجح بعضهم تفصيلا بأن ما فسد من أصله أى كما لو ظهر المبيع حرا أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقص بعد صحته أى كما لو هلك المبيع قبل التسليم و الصحيح تعينه فى الصرف بعد فساده و بعد هلاك المبيع و فى الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه و فيما إذا تبين بطلان القضاء فلو ادعى على آخر مالا و أخذه ثم أقر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعى رد عين ما قبض ما دام قائما و لا يتعين فى المهر و لو بعد الطلاق قبل الدخول فترد مثل نصفه و لذا لزمها زكاته لو نصابا حوليا عندها و لا فى النذر و الوكالة قبل التسليم و أما بعده فالعامة كذلك و تتعين فى الامانات و الهبة و الصدقة و الشركة و المضاربة و الغصب و تمامه فى جامع الفصولين اه. (٢) اعلم الخ قال الحمويّ يعنى أن من حكم النقود أنها لا تتعين و لو عينت فى عقود المعاوضات و فسوخها فى حق الاستحقاق فلا تستحق عينها فللمشترى إمساكها و دفع مثلها جنسا و قدرا و وصفا هذا هو المراد اه كذا فى المنحة على البحر.

بخمسمائة و قال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور و مراده إذا كانت تساوي ألفاً لأنه أمين فيه و قد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة و الآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة و هو ينكر فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف

بخمسمائة و قال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور) إلى ههنا لفظ الجامع الصغير و قال المصنف (و مراده) أي مراد محمد رحمه الله تعالى (إذا كانت) أي الجارية (تساوي ألفاً لأنه) أى لأن المأمور (أمين فيه) أى في الخصوص المزبور (و قد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة و الآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة و هو) أى المأمور (ينكر) و القول قول المنكر مع يمينه (فإن (١) كانت تساوي خمسمائة فالقول قول(٢)الآمر لأنه) أى لأن الوكيل (خالف) أى خالف الآمر إلى شر

---

(١) فان كانت الخ فان قلت لم يذكر ما إذا كانت قيمتها بينهما قلت يفهم من عبارة ابن الكمال في الاصلاح: فان أعطاه الألف صدق هو إن ساواه و إلا فالآمر و إن لم يكن أعطاه الألف و ساوى أقل منه صدق الآمر و إن ساواه تحالفا كذا في المنحة على البحر. (٢) قول الآمر زاد في الدرر تبعا لصدر الشريعة "بلا يمين" و عبارة الصدر و ابن الكمال و المراد بقوله صدق في جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف و في حاشية العلامة الواني على الدرر أقول: ما ذكره الشارح من قوله بلا يمين مخالف للعقل و النقل أما العقل فلأن القول إذا كان للآمر يحكم بلزوم العبد مثلاً على المأمور فهذا الحكم بمجرد قول الخصم بلا يمينه بعيد جداً و أما النقل فلأنه قال في الهداية: و لو أمره أن يشتري له هذا العبد و لم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة و قال المأمور بألف و صدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه اه على أن تصديق البائع إذا احتيج إلى تحليف المأمور فبدونه يكون أولى فإن قيل: سكوت صاحب الهداية وغيره عن ذكر اليمين في الصورة السابقة و تعرضهم لها في هذه الصورة يشعر أن لا تجب اليمين فيها كما قال الشارح قلنا: لعل سكوتهم في الصورة المذكورة بناء على ظهورها و أما تعرضهم لها في هذه الصورة فتوطئة لبيان الاختلاف الآتي هل يجب اليمين فقط أو تحالف الجانبين لا يقال إذا كان الغبن فاحشاً لا يلزم على الآمر سواء حلف أو لم يحلف فلا يكون فائدة و يكون قول الشارح "بلا يمين" في موقعه لأنا نقول: فائدتها أن المأمور قد يتضرر ببقاء العبد عليه فلو استحلف الآمر يحتمل أن يقول اشتراه بأكثر و مثل هذا الاعتراض يرد على صدر الشريعة أيضاً فإنه قال بغير الحلف و كأنه مأخذ الشارح و يحتمل أن تكون كلمة "بغير" تصحيفاً عن بعد و هذا توجيه تفرد به أضعف العباد و الله تعالى الهادي اه و اعترض ذلك أيضاً في الحواشي اليعقوبية حيث قال: هذا ليس بمذكور في غير هذا الكتاب و فيه كلام و هو أنه صرح في الكافي في المسألة السابقة المذكورة في المتن بقوله "فإن قال شريت عبداً للآمر فمات فقال الآمر الخ بأن المراد من تصديق الوكيل تصديقه مع يمينه لأن الثمن كان أمانة في يده و قد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له و لا فرق في تصديق الوكيل لأجل كونه أميناً بين موضع و موضع فيكفي التصريح في موضع فلا يتم قول الشارح كما لا يخفى فليتأمل اه قلت: و ذكر في نور العين في مسائل اليمين قبيل الفصل السادس عشر القول في كل أمانة للأمين مع يمينه و كذا البينة بينته و الضمين تقبل بينته لا يمينه على الإيفاء اه و على هذا فكيف يكون القول للمأمور بلا يمين في المسألة الأولى و كذا كيف يكون للآمر في الثانية بلا يمين فتدبر.

حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة و الأمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن قال و إن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة و إن كانت قيمتها ألفاً فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل و الوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع و المشتري و قد وقع الاختلاف في الثمن و موجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم (١) الجارية المأمور قال و لو أمره أن يشتري له هذا العبد و لم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة و قال المأمور بألف و صدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا

(حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة و الأمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن) أى المأمور (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة) لأنه أمره أن يشتري جارية تساوي ألفاً و قد خالف إلى شر فيلزم المأمور (و إن كانت قيمتها ألفاً فمعناه) أي فمعنى قول محمد رحمه الله تعالى فالقول قول الآمر (أنهما (٢) يتحالفان لأن الوكيل و الموكل في هذا) أي في هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع و المشترى) للمبادلة الحكمية بينهما (و قد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه) أى موجب الاختلاف فى الثمن (التحالف ثم يفسخ) يعنى فاذا تحالفا يفسخ (العقد) أى العقد الحكمى (الذي جرى بينهما) أى بين الموكل و الوكيل (فيلزم الجارية المأمور) لأن بعد التحالف يفسخ العقد التقديري الذي جرى بين الآمر و المأمور (٣) (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و لو أمره أن يشتري له هذا العبد و لم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمس مائة و قال المأمور بألف و صدق البائع المأمور) أي صدق بائع العبد الوكيل فيما قاله (فالقول قول المأمور مع يمينه) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (قيل لا تحالف ههنا) و هو قول أبي جعفر الهنداوني

(١) فيلزم. ن. فتلزم. (٢) أنهما يتحالفان و يندفع به ما قيل فى شروح الجامع الصغير أن الجارة إذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الآمر سواء قال المامور اشتريتها بألف أو بأقل منها لأنه لما اشتراها بألف كان موافقا للآمر و إن اشتراها بأقل كان مخالفا إلى خير وكل ذلك يلزم الآمر كذا فى العناية أقول بقى ههنا شيئ و هو أن المذكور فى قول محمد رحمه الله تعالى فالقول قول الآمر و التحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذاك و الجواب الذى أشار إليه المصنف فى المسألة الآتية بقوله و قد ذكر معظم يمين التحالف و هو يمين البائع لا يتمشى هنا كما لا يخفى على المتأمل كذا فى النتائج. (٣) المامور قيل هنا مطالبة و هى أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة و الامانة و إذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة و المبادلة فما الحكم فى ذلك و الجواب أن فى الأول سبقت الامانة المبادلة و السبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثانى كذا فى العناية و النتائج.

لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر و في المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف و قيل يتحالفان لما (١) ذكرناه و قد ذكر معظم يمين التحالف و هو يمين البائع و البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما و قبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف و هذا قول الإمام أبي منصورؒ و هو أظهر

(لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر) فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد و لو أنشأ العقد يلزم العبد للآمر فكذا ههنا (و في المسألة الأولى) و هي التي سبقت الآن (هو) أي البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) الذي كان بين الآمر و المأمور و وجب التحالف و ههنا البائع حاضر (و قيل يتحالفان) و هو قول أبي منصور الماتريديؒ (لما ذكرناه) أشار به إلى قوله لأنهما ينزلان منزلة البائع و المشتري (و قد (٢) ذكر) أي محمد رحمه الله تعالى هذا جواب عما يقال المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه فالتحالف يخالف أجاب بقوله و قد ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل (معظم يمين التحالف و هو يمين البائع) و انما جعل يمين البائع و هو الوكيل معظم يمين التحالف لأن يمين البائع مخصوص بصورة التحالف و ليس يمين المشتري كذلك لأن المشترى يجب عليه اليمين بكل حال لكونه منكراً (و البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي) هذا جواب عن قول أبي جعفرؒ إنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع و تقرير الجواب أن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي (عنهما) أي عن الوكيل و الموكل (و قبله) أي و قبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما) أى بين البائع و الموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أي على الموكل (فبقي الخلاف) أي بين الآمر و المأمور فلزم التحالف و قال المصنفؒ (و هذا قول الإمام أبي منصور الما تريديؒ و هو) أي قول الإمام أبي منصورؒ (أظهر (٣)) أى أصح و فى الكافى هو الصحيح و في جامع قاضي خانؒ قول أبي جعفرؒ أصح و قال (٤) الإمام المحبوبيؒ في جامعه بعد هذا هذا إذا تصادقا

---

(١) لما ذكرناه. ن. كما ذكرنا. (٢) و قد ذكر الخ و فى البحر: و أما الامام محمد رحمه الله تعالى فانما نص فى الجامع الصغير على "أن القول للمأمور مع يمينه" فمنهم من نظر إلى ظاهره فنفى التحالف و منهم من قال مراده التحالف بدليل ما ذكره فى موضع آخر من جريانه بأنه عند اختلافهما اه و فى المنحة على البخر: قوله: (و منهم من قال مراده التحالف الخ) استشكله الزيلعيؒ بأنه و ان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك و لا على الأول فان قوله "ان القول للمأمور مع يمينه" يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله و فى التحالف لا يصدق واحد منهما و لو كان مراده التحالف لما قال ذلك. (٣) أظهر أقول و انما كان أظهر لأن تصديق البائع لو رفع الخلاف صارتصادقهما بمنزلة إنشاء العقد بقى قوله مع يمينه بلا فائدة كذا فى السعدية. (٤)قال الامام المحبوبىؒ الخ كذا فى النهاية و معراج الدراية أقول يرد على ظاهره أن وضع هذه المسألة بما إذا =>

و الله أعلم بالصواب

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال و إذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي (١) بألف و دفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر و الولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق و شراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل

على الثمن عند التوكيل و إن اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بألف و قال الآمر لا بل بخمس مائة فالقول للآمر مع يمينه و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و يلزم العبد الوكيل دون الآمر لأن الآمر يستفاد من جهته فكان القول قوله فلو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات (و الله أعلم بالصواب) و إليه المرجع و المآب

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

أي هذا فصل في بيان حكم التوكيل بشراء نفس العبد و المصنف رحمه الله ذكر في هذا الفصل مسألتين: أولاهما توكيل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه و الثانية توكيل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه فالعبد في الأولى موكل و في الثانية وكيل و تحل الترجمة على طبق الوجهين لمقتضى أن الألف و اللام في التوكيل بدلاً من المضاف إليه فالتقدير في الوجه الأول فصل في توكيل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه و في الوجه الثاني فصل في توكيل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه و على التقديرين المصدر مضاف إلى فاعله في الوجهين و لكنه يختلف أيضاً ففي الأول المفعول هو الرجل و في الثاني هو العبد و الأكمل رحمه الله تعسف هنا حيث جعل المصدر مضافاً إلى الفاعل و المفعول و ليس كذلك و الوجه ما قلناه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف و دفعها إليه) أي دفع العبد الألف إلى الرجل الذي وكله (فإن قال الرجل) أي الوكيل (للمولى اشتريته) أي العبد (لنفسه) أي لنفس العبد (فباعه على هذا) أي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حر) أي فذلك العبد حر يعنى يصير حراً (و الولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه) أي من العبد (إعتاق و شراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل) لأن العبد لا يملك و إن ملك لأنه ليس بأهل أن يملك،

=> لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح أن يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا إذا تصادقا على الثمن و يمكن الجواب بأن التصادق في الثمن خلاف التخالف فيه فيصور بأن يتصادقا على تسمية الثمن المعين و بأن يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا و بالجملة يجوز أن يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن و من حيث عدم تسميته و الثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي كذا في النتائج. (١) مولاى. ن. المولى.

و المأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه و إذا كان إعتاقاً أعقب الولاء و إن لم يبين (١) للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضه و أمكن العمل بها إذا لم يبين (٢) فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين و إذا كان معاوضة يثبت الملك له و الألف للمولى لأنه كسب عبده و على

مالاً فصار مجازاً عن الإعتاق إذ البيع إزالة ملك بعوض إلى آخر و الإعتاق إزالته لا إلى أحد فجاز أن يستعار منه كذا قاله تاج الشريعة حاصل الكلام ما قاله المصنف أن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال و الإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق و قد وجد ذلك لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل (و المأمور سفير عنه) أي عن العبد حيث أضاف العقد إلى موكله (إذ لا يرجع عليه الحقوق) هذا تعليل لقوله سفير عنه أي لأن حقوق العقد لا ترجع إلى المأمور و إذا كان كذلك (فصار كأنه) أي كأن العبد (اشترى نفسه) بنفسه اى بلا واسطة (و إذا كان إعتاقا) أى و إذا كان بيع نفس العبد من العبد إعتاقا (أعقب الولاء) للمعتق (و إن لم يبين للمولى) أي و إن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشتري) أي يكون العبد للمشتري (لأن اللفظ) أى لأن قوله اشتريت عبدك بكذا موضوع (حقيقة للمعاوضة) و ليس بحقيقة للاعتاق (و أمكن العمل بها) أي بحقيقة اللفظ يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن و قد أمكن العمل بها (إذا لم يبين) أي إذا لم يقل اشتريت عبدك لأجل نفسه (فيحافظ عليها) أي فيحافظ اللفظ على الحقيقة و هى المعاوضة (٣) (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالمعاوضة (لأن المجاز) و هو كون الشراء مستعارا للاعتاق (فيه) أى فى شراء العبد نفسه (متعين) لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراء نفسه مجازا عن الاعتاق (٤) و المجوز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض إلى آخر و الاعتاق يزيله لا إلى آخر و قد مر الكلام فيه (و إذا كان معاوضة يثبت الملك له) أي للمشترى (و الألف للمولى لأنه كسب عبده و على

---

(١) لم يبين. ن. لم يعين. (٢) لم يبين. ن. لم يعين. (٣) المعاوضة فان قيل لا نسلم أن العمل بالحقيقة ممكن هنا لأنه توكيل بشراء شئ بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه قلنا قد أتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لأن ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال و ما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه كذا فى النتائج. (٤) الاعتاق الخ و فى البحر: و حيث علم أن شراء العبد نفسه من مولاه إعتاق معنى و إن كان شراء صورة لم تعتبر فيه أحكام الشراء و لذا صرح فى المعراج بأنه إذا اشترى نفسه إلى العطاء صح اه فعلى هذا لا يبطل بالشرط الفاسد و لا يدخله خيار شرط.

المشتري ألف مثله ثمناً للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هنالك على نمط واحد و في الحالين المطالبة يتوجه (١) نحو العاقد أما ههنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء و لا مطالبة على الوكيل و المولى عساه لا يرضاه

المشتري ألف مثله) أي مثل ذلك الألف حال كونه (ثمناً للعبد) و قال الكاكي ثمناً نصب على التمييز قلت الأوجه أنه يكون حالاً بتأويله تثميناً (فإنه) أى فإن الثمن (في ذمته) أي في ذمة المشتري و هو المأمور (حيث لم يصح الأداء) أى أداء الألف التى أداها الوكيل المشترى إلى المولى قال في النهاية و هذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشترى و أما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى يعتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال الإمام قاضي خان و فيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب و ينبغي أن يجب لأن الاول مال المولى فلا يصح بدلاً عن ملكه (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أي من غير العبد بأن وكل أجنبي أجنبياً آخر بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) بأن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل (لأن العقدين) يعني الذي يقع له و الذي للموكل (هنالك) أي في حق البائع (على نمط واحد) أى على نوع واحد و هو المبايعة و النمط (٢) النوع و الطريقة أيضاً (و في الحالين) أى في حال الاضافة إلى نفسه و الإضافة الى موكله المطالبة يتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج إلى البيان (أما ههنا) أي في صورة توكيل العبد بشراء نفسه (فاحدهما) أى أحد العقدين (إعتاق معقب للولاء و لا مطالبة على الوكيل) أى لا مطالبة فى الاعتاق على الوكيل لأنه سفير هذه رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رحمه الله تعالى ذكر فيه أن العبد يعتق و المال على العبد دون الوكيل و ذكر في باب وكالة المأذون و المكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق و المال على الوكيل و هكذا ذكر في وكالة (٣) الجامع الكبير و عن عيسى بن أبان قال الصحيح (٤) أن الثمن على العبد (و المولى عساه لا يرضاه) أى لا يرضى الاعتاق

---

(١) يتوجه. ن. تتوجه. (٢) النمط الخ و فى اللسان: النمط (محركة) ظهارة فراش ما و فى التهذيب: ظهارة الفراش و النمط: جماعة من الناس أمرهم واحد و النمط: الطريقة يقال ألزم هذا النمط أى ألزم هذا المذهب و الفن و الطريق و الأنمط: الطريقة و النمط من العلم و المتاع وكل شئ نوع منه و الجمع من ذلك كله أنماط و نماط (بالكسر) اه ملخصا. (٣) فى وكالة الجامع و وجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره و هناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا كذا فى العناية و الكفاية. (٤) الصحيح الخ و وجهه أن الوكيل من جانب العبد فى العتق سفير و معبر فانه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الآمر و ليس إليه من قبض المعقود عليه =>

و يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان و من قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته و البيع يرد عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله

لأنه يعقب الولاء و موجب الجناية حينئذ و ربما يتضرر به و الآخر معاوضة محضة و المطالبة على الوكيل (و يرغب) أي المولى عساه يرغب (في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان) قوله عساه لا يرضاه حق الكلام أن يقال عساه و أن لا يرضاه لأن قوله لا يرضاه في محل النصب يعني و لكنه شبه عسى بكاد فاستعمله استعماله و ذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحد المذاهب الثلاثة كما عرف في موضعه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك) هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين يشملهما هذا الفصل (فقال) أي العبد (لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل) أي المولى (فهو) أي العقد أو العبد (للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه) و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل (لأنه) أي لأن العبد (أجنبي عن ماليته) لأن ماليته لمولاه و لهذا لو أقر بماليته لغيره لم يصح (و البيع يرد عليه) أي على العبد (من حيث أنه مال) فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى و كتوكيل أجنبي بشراء نفسه (إلا أن ماليته في يده) استثناء من قوله لأنه أجنبي عن ماليته يعنى أن مالية العبد فى يد نفسه (حتى لا يملك البائع) و هو المولى (الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن) لأن ماليته في يده لكونه مأدوناً له فصار كالمودع إذا اشترى الوديعة و هي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء (٣) الثمن (فاذا أضافه إلى الآمر صلح فعله) أي فعل العبد

=> شئ فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل كذا فى العناية و الكفاية و فى النتائج بعد نقل هذا الوجه ألا يرى أن المولى ان كان هو الذى أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع و الألف عليه إلى ذلك الأجل و الذى يلى قبض الألف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبىّ. (١) و به قال الشافعىّ الخ و هو الأظهر عند الشوافع كما فى شرح الوجيز ص٢٥٩ ج٥ و المذهب عند الحنابلة كما فى المغنى ص٢٤٠ ج٥. (٢) قال الشافعىّ الخ و هو وجه للحنابلة كما فى المغنى. (٣)لاستيفاء الثمن فان قيل وقوع المالية فى يد العبد ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل و إن كان يده كيد الموكل حكما لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا فى جنس الوكالات و لكن يمكن للبائع التحرز عنه فى جنس الوكالة بأن با ع عبده بوكيل لا يشترى نفسه كذا فى الكفاية.

امتثالاً فيقع العقد للآمر و إن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق و قد رضي به المولى دون المعاوضة و العبد و إن كان وكيلاً بشراء (١) معين و لكنه أتى بجنس تصرف آخر و في مثله ينفذ على الوكيل و كذا لو قال بعني نفسي و لم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقي التصرف واقعاً لنفسه

هذا نتيجة الدليل و تقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صلح فعله (امتثالاً) فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً (فيقع العقد للآمر) قياساً على حر توكل بشيء و فعله و قوله ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت و هو يخالف ما ذكره في الجامع من أن اضافة العقد إلى الموكل إنما تفيده الملك إذ وجد الايجاب من المولى و القبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي فإنه إعتاق على مال مقدر و الواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي فان (٢) قلت إذا اضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجوراً عليه و مثله لا يرجع اليه الحقوق أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة و هو إذن (و إن عقد لنفسه فهو حر) يعني إذا قال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر (لأنه اعتاق و قد رضي به المولى) لأنه علم أن البيع منه اعتاق (دون المعاوضة) أى لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر (و العبد و ان كان وكيلا) هذا جواب اشكال و هو ان يقال ينبغي ان لا يجوز بيعه لنفسه لأنه وكيل بشراء شيء معين و هو لايتمكن من ان يشتريه لنفسه فينبغي ان لا يتمكن العبد من ذلك فاجاب بقوله و العبد و ان كان وكيلا (بشراء شيء معين و لكنه أتى بجنس تصرف آخر) و هو الإعتاق على مال فكان مخالفاً (و في مثله ينفذ) أى الشراء (على الوكيل) فان الوكيل اذا خالف نفذ الشراء على الوكيل (و كذا لو قال بعني نفسي و لم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق) و هو قوله بعني نفسي (يحتمل الوجهين) أي يحتمل أن يكون مشتريا بنفسه لنفسه و يحتمل أن يكون مشترياً لغيره (فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه) لأن الظاهر ان الانسان يتصرف لاجل نفسه لا سيما تصرفاً يحصل منه الإعتاق و قال (٣) الاكملُ و عورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم و اذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته و على مجازه حمل على

(١) بشراء معين. ن. بشراء شئ معين. (٢) فان قلت الخ كذا في العناية. (٣) قال الأكملُ في العناية ص ٦٧ ج ٧.

فصل في البيع

قال و الوكيل بالبيع و الشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه و

الحقيقة البتة و أجيب (١) بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز و قد وجدت فيما نحن فيه و هي إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة و رضى (٢) المولى بذلك و اليه أشار بقوله و قد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً لأنا (٣) نقول الاحتمال إنما هو من حيث اطلاق اللفظ و ذلك لا يحتمل الإنكار و الترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه و هي خارجة عن مفهوم اللفظ.

(فصل في البيع)

أي هذا فصل في بيان أحكام التوكيل بالبيع و لما فرغ عن بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان التوكيل بالبيع و أخر هذا الفصل عن بيان الفصل المتقدم لأنه يتضمن الإزالة و ذاك يتضمن الإثبات و هو مقدم (قال) أي القدوري (و الوكيل بالبيع و الشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه و

(١) أجيب الخ أقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لأن الكلام الآن انما هو فى مسئلة الاطلاق عن الاضافة إلى نفسه و إلى الموكل و القرينة المذكورة انما وجدت فى مسئلة الاضافة إلى نفسه و قول المصنف و قد رضى به المولى دون المعاوضة انما وقع فيها و قد تقدم ذكرها و ليس ذلك بمورد الاعتراض و لا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة إلى نفسه التى عدت قرينة ههنا الاضافة المارة فى المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعنى بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسى فى قوله بعنى نفسى و هذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق أيضا لأنا نقول هذه الاضافة لا تصلح أن تكون قرينة للمجاز إذ لا شك أن مجرد قوله بعنى نفسى لا ينافى المعاوضة بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه و هو الاعتاق على مال و بيع نفسه لغيره و هو المعاوضة بل الثانى هو الظاهر نظرا إلى الحقيقة كذا فى نتائج الأفكار و الجواب الصحيح عن المعارضة ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضرورى لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل و ان كان يده كيد الوكيل حكما لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا فى جنس الوكالات و لكن يمكن للبائع التحرز عنه فى جنس الوكالة بأن باع عبده لوكيل لا يشترى نفسه اهـ. (٢) رضى المولى بذلك أقول إن أراد رضى المولى مطلقا فمسلم لكن لا يصلح أن يكون دافعا للمعنى الحقيقى و إن أراد رضاه به دون المعاوضة فغير مسلم لأن رضاه بالاعتاق دون المعاوضة انما يصح أن لو تعين المعنى المجازى إذا أطلق و هل النزاع إلا فيه كذا فى السعدية. (٣) لأنا نقول الخ أقول هذا أيضا ليس بصحيح إذ لا إضافة إلى نفسه فيما نحن فيه لأن وضعه فيما أطلق و لم يضف إلى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة إلى نفسه و أيضا إن أراد بقوله و هى خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد فى هذه الصورة و هو قوله بعنى نفسى فأين توجد الاضافة إلى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز و إن أراد بذلك أنها خارجة عن ما صدر عن العبد إذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتى الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض و يصح الاحتمال المذكور كذا فى النتائج.

جده و من لا تقبل (١) شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه

جده و من لا تقبل (٢) شهادته له (٣)) مثل ابنه و أخيه (٤) (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في وجه (و قالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أي و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يجوز بيعه من الأقارب الذين لا تقبل شهادته لهم بمثل القيمة و به قال الشافعيّ في الأصح و مالك و احمد رحمهما الله تعالى فى وجه و تخصيص قولهما بمثل القيمة اشارة إلى أنه لا يجوز بغبن يسير و إلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة و لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بيعه من هؤلاء بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بمثل القيمة و قال فيها لو باع ممن لا تقبل شهادته له بأكثر من القيمة يجوز بيعه بلا خلاف و بالأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بلا خلاف و بالغبن اليسير يجوز عندهما و لا يجوز عنده و بمثل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان في رواية الوكالة و البيوع لا يجوز و في رواية المضاربة يجوز و بيع المضارب و شراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و بيعه منهم بأكثر من القيمة و شراؤه منهم بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف و بمثل القيمة يجوز عندهما و كذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى باتفاق الروايات (إلا من عبده أو (٥) مكاتبه) فإنه لا يجوز عندهما أيضاً لأن البيع من هؤلاء كالبيع من نفسه فلا يجوز و قيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذى لا دين عليه لأن كسبه لمولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه إشارة إلى انه إذا كان عليه دين يجوز في تعميم المشيئة ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيعه من نفسه عندنا و الشافعي (٦) و أحمد رحمهما الله تعالى في ظاهر مذهبه و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية يجوز و به قال مالك و الاوازعي رحمهما الله تعالى قلنا لو جاز يؤدى الى التضاد في الأحكام فإنه يكون مستزيدا و مستنقصا و بائعا و مشتريا و مستقضيا و قابضا و مسلما و مخاصما في العيب و مخاصماً و فيه من التضاد ما لا يخفى و في المبسوط المراد بعدم جواز البيع من هؤلاء

---

(١) لا تقبل. ن. لا يقبل. (٢) من لا تقبل شهادته له كولده و ولد ولده و زوجته و عبده و مكاتبه صرح القدوريّ فى مختصره بهذه الأمثلة إلا أن المصنفّ قصد الاجمال فقال بدلها و من لا تقبل شهادته له. (٣) له و فى البحر: قيد بقوله "له" لأنه لو عقد مع من ترد شهادته للموكل كأبيه و ابنه و مكاتبه و عبده المديون جاز و كذا الوكيل العبد إذا باع من مولاه كذا فى الخلاصة. (٤)و أخيه أقول هذا سهو ظاهر فانه تقبل شاهدة الأخ لأخيه بلا خلاف كما مر فى كتاب الشهادات. (٥) أو مكاتبه أو مفاوضه أو ابنه الصغير فالمستثنى من قولهما أربع كما فى البحر.
(٦) الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص٢٣٧ ج٥.

لأن التوكيل مطلق و لا تهمة إذ الأملاك متباينة و المنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى و كذا للمولى حق في كسب المكاتب و ينقلب حقيقة بالعجز

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة و أما لو قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بع (١) ممن شئت يجوز البيع من هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع (٢) من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز فإن قيل يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة حيث يجوز سواء ظهر الربح أم لا و المضارب قبل ظهور الربح وكيل قلنا قال بعض مشايخنا عدم الجواز عنده مطلقاً على ما إذا باعه بالغبن أما البيع بمثل القيمة فجائز في المضاربة من هؤلاء (لأن التوكيل مطلق) أي عن التقييد بشخص دون آخر و المطلق يعمل باطلاقه (و لا تهمة) أي في البيع بمثل القيمة لأنها إما أن تكون من حيث إيثار العين أو من حيث ايثار المالية و ليس شئ منهما بموجود أما الأول فلما ذكره بقوله (إذ الأملاك متباينة) ألا يرى أنه يحل للابن وطء جارية نفسه و لا يحل له وطء جارية أبيه و لو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة و لما حل له وطؤها) كما لا يحل وطء جارية أبيه (و المنافع منقطعة) لأن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع و إذا كان الأمر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة و أما الثاني فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه فاذا وجد المقتضى و انتفى المانع وجب القول بالجواز كما فى البيع من الأجنبى (بخلاف العبد) فإنه لا يجوز بيع الوكيل من عبده الذي لا دين عليه (لأنه بيع من نفسه) أي لأن بيع الوكيل من عبده بيع من نفسه (لأن ما في يد العبد للمولى) أى ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير (و كذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تصلح تبرعاته و لا تزويج عبده (فينقلب حقيقة) أى ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك (بالعجز) أي بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة لأن المولى يملك حينئذ جميع ما في يده

(١) بع ممن الخ و فى المنحة على البحر: قال المقدسي: بع ممن شئت مستدرك لأن الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء فلا ينبغي إلا أن ينص على بيعه من هؤلاء حتى يكون إطلاقا اه و أقول: كون الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء ممنوع فان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالة و البيع ممن ذكر موضع تهمة حموى كذا فى حاشية مسكين. (٢) بخلاف البيع من نفسه الخ و فى السراج لو أمره بالبيع من هؤلاء فانه يجوز اجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده و لا دين عليه فلا يجوز قطعا و ان صرح به الموكل اه منح الوكيل بالبيع لا يملك شراء ه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشتريا و بائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه و ان أمره الموكل أن يبيعه من نفسه و أولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منهم جاز بزازية كذا فى البحر و لا يخفى ما بينهما من المخالفة و ذكر مثل ما فى السراج فى النهاية عن المبسوط و مثل ما فى البزازية فى الذخيرة عن الطحاوى و كأن فى المسألة قولين خلافا لمن ادعى أنه لا مخالفة بينهما كذا فى الشامية.

و له أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات و هذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة و لأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه و الإجارة و الصرف على هذا الخلاف قال و الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل و الكثير و العرض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

(و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات) لأن الوكالة شرعت للاعانة فكانت مواضع أمانة فلو كانت التهمة داخلة فيها لعاد على موضوعه بالنقض (و هذا موضع التهمة) و التهمة مأخوذة من وهم يهم وهما فى الشىء أى ذهب إليه وهمه يعني يذهب الوهم أنه انما يختار هذا النفع لنفسه فيكون عاملاً لنفسه و الوكيل يعمل لغيره (بدليل عدم قبول الشهادة) فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال الآخر (و لأن المنافع بينهم متصلة فصار) أي بيع الوكيل من هؤلاء (بيعاً من نفسه من وجه) وصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه و في البيع إخراج و إدخال من الجانبين و في البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه فلا يجوز (و الاجارة و الصرف على هذا الخلاف) أي الوكالة بالإجارة و الصرف على الخلاف المذكور و إنما خصهما بالذكر لأن (١) الاجارة شرعت على خلاف القياس لأن المعقود عليه و هو المنافع معدومة و الصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره و كان يجب ان لا يجوزا مع هؤلاء فبين انهما على الاختلاف ايضاً و في الكافي و لو اشترى من هؤلاء عيناً بثمن معلوم و أراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده خلافاً لهما بناء على هذا الأصل (قال) أي القدوريّ (و الوكيل (٢) بالبيع يجوز بيعه بالقليل و الكثير و العرض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) لقب هذه المسألة

(١) لأن الاجارة الخ أقول السلم أيضا شرع على خلاف القياس و له شروط مخالفة للغير فكان الأحسن أن يذكره المصنفّ معهما كما قال في المختلف حيث قال و السلم و الصرف و الاجارة على هذا الخلاف كذا فى النتائج و فى الشامية: أما الحوالة و الاقالة و الحط و الابراء و التجوز بدون حقه يجوز عندهما و يضمن و عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز الوكيل بالبيع يملك الاقالة حتى لو باع ثم أقال لزمه الثمن للموكل و الوكيل بالشراء لا يملكها بخلاف الوكيل بالبيع و الوكيل بالسلم و الوصي و الأب المتولى كالوكيل و لو قال الموكل للوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز يملك الحوالة بالاجماع و الاقالة على الخلاف المذكور و كذا لو أبرأ المشترى عن الثمن صح عندهما لكن يضمن و هذا إذا لم يقبض الثمن أما إذا قبض فلا يملك الحط و الاقالة اه. (٢) الوكيل بالبيع الخ قال الخجنديّ جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه منهم من يجوز بيعه و شراؤه بالمعروف و هو الاب و الجد و الوصى و قدر ما يتغابن يجعل عفوا و منهم من يجوز بيعه و شراؤه على المعروف و على خلافه و هو المكاتب و المأذون عند أبى حنيفة يجوز لهم أن يبيعوا ما يساوى ألفا بدرهم و يشتروا ما يساوى درهما بالف و عندهما لا يجوز الا على المعروف و أما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان و كذا شراؤه جماعا و منهم من يجوز بيعه كيفما كان و كذا شراؤه على المعروف و هو المضارب و شريكا =>

و قالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه و لا يجوز إلا بالدراهم و الدنانير لأن مطلق

الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع بما عز و هان و بأى ثمن كان و إلى أى أجل كان متعارفاً وغير متعارف (و قالا) أى قال (١) أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أى لا يجوز بالغبن الفاحش و يجوز بالغبن اليسير (و لا يجوز إلا بالدراهم و الدنانير) أى لا يجوز بغير النقود و قال (٢) الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى يجوز بثمن المثل و بنقد البلد فان كانت النقود مختلفة يعتبر الاغلب و لا يبيع إلا حالا و إن استويا باع بما هو أنفع للموكل و في الذخيرة إذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة جاز عند علمائنا و إن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة بأن باع مثلا إلى خمسين سنة أو ما اشبه ذلك فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز و عندهما لا يجوز ثم قال إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فأما اذا كان فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بعه فاقض ديني أو قال بعه فان الغرماء يلازمونني أو قال بعه فإني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق (لأن مطلق

=> العنان أو المفاوضة و الوكيل بالبيع المطلق يجوز بيع هؤلاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بما عز و هان عندهما و لا يجوز الا بالمعروف و أما شراؤهم فلا يجوز الا على المعروف اجماعا فان اشترى بخلاف المعروف و العادة أو بغير النقود نفذ شراؤهم على أنفسهم و ضمنوا ما نقدوا فيه من مال غيرهم اجماعا و منهم من لا يجعل قدر ما يتغابن فيه عفوا و هو المريض اذ باع فى مرض موته و حابى فيه قليلا و عليه دين مستغرق فانه لا يجوز محاباته و ان قلت و المشترى بالخيار ان شاء وفى الثمن الى تمام القيمة و ان شاء فسخ و أما وصيه بعد موته اذا باع تركته لقضاء ديونه و حابى فيه قدر ما يتغابن فيه صح بيعه و يجعل عفوا و كذا لوباع ماله من بعض ورثته و حابى فيه و ان قل لا يجوز البيع على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و ان كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته و ليس عليه دين و لو باع الوصى ممن لا تجوز شهادته له وحابى فيه قليلا لا يجوز و كذا المضارب و منهم من لا يجوز بيعه و شراؤه ما لم يكن خيرا و هو الوصى اذا باع ماله من اليتيم أو اشترى فعند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز بحال و عندهما ان خيرا فخير و إلا لم يجز اه سائحانى قلت و فى وصايا الخانية فسر السرخسى الخيرية بما اذا اشترى الوصى لنفسه مال اليتيم ما يساوى عشرة بخمسة عشر و باع مال نفسه من اليتيم ما يساوى عشرة بثمانية و ذكر ما قدمناه فى منية المفتى بعبارة أخصر مما قدمناه (١)قال أبويوسف رحمه الله تعالى الخ و فى البزازية: و يفتى بقولهما فى مسألة بيع الوكيل بما عز و هان و بأى ثمن كان اه كذا فى البحر: أقول قال العلامة قاسمٌ فى تصحيحه على القدورى و رجح دليل الامامٌ المعول عليه عند النسفى و هو أصح الأقاويل و الاختيار عند المحبوبى و وافقه الموصلى و صدر الشريعة اه رملى و عليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذاهب بما هو ظاهر الرواية سائحانى كذا فى الشامية. (٢)قال الشافعىٌ الخ كذا فى شرح الوجيز ص٢٢٣ ج٥ و المغنى ص٢٥٥ ج٥.

الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها و المتعارف البيع بثمن المثل و بالنقود و لهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم و الجمد و الأضحية بزمان الحاجة و لأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه و كذا المقايضة بيع من وجه و شراء من وجه فلا يتناوله مطلق إسم

الأمر يتقيد بالمتعارف) أي بما هو متعارف بين الناس (لأن التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها و المتعارف البيع بثمن المثل و بالنقود و لهذا) أي و لأجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) و في بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم (و الجمد (١)) بكسون الميم لا غير هو ما جمد من الماء (و الاضحية بزمان الحاجة) متعلق بيتقيد أى يتقيد التوكيل بشراء هذه الأمور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد و الجمد بأيام الصيف و الأضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر و قيل هذا قولهما أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يتقيد و لو (٢) وكله بشراء اللحم بدرهم يدخل فيه لحم البقر و الإبل و الضأن و قيل إن كان الآمر غريباً ينصرف إلى المطبوخ و لا يدخل الكرش و البطون و الأكباد و الرؤوس و الأكارع و اللحم القديد و لحم الطيور و الوحوش و كذا لا تدخل الشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة و عند الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يقع على ما يباع في العادة في الكل (و لأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه) و هو ظاهر (و هبة من وجه) و لهذا لو حصل من المريض يعتبر من الثلث و الاب و الوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش و هو وكيل بالبيع دون الهبة (و كذا المقايضة) أي البيع بالعرض (بيع من وجه و شراء من وجه) لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع و من حيث ان فيه تحصيل السلعة فى الملك شراء و هو وكيل بالبيع لا بالشراء (فلا يتناوله) أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش و بيع المقايضة (مطلق إسم

---

(١) الجمد الخ و فى لسان العرب: الجمد بالتحريك: الماء الجامد الجوهرى: الجمد بالتسكين ما جمد من الماء و هو نقيض الذوب وهو مصدر سمى به و الجمد بالتحريك جمع جامد مثل خادم و خدم يقال: قد كثر الجمد ابن سيده: جمد الماء و الدم وغيرهما من السيالات يجمد (من باب نصر) جمودا (بالضم) و جمدا (بالتسكين) أى قام و كذلك الدم وغيره إذا يبس و قد جمد و ماء جمد (بالتسكين): جامد و جمد الماء و العصارة: حاول أن يجمد و الجمد (بالتحريك): الثلج و لك جامد المال و ذائبه أى ما جمد منه و ما ذاب و قيل: أى صامته و ناطقه و قيل: حجره و شجره و مخة جامدة أى صلبة و رجل جامد العين: قليل الدمع الكسائى: ظلت العين جمادى (بضم أوله) أى جامدة لا تدمع اه. (٢) و لو وكله الخ كذا فى فتاوى قاضيخان ص ١٦٠ ج٣.

البيع و لهذا لا يملكه الأب و الوصي و له أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة و البيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن و التبرم من العين و المسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما هو المروي عنه و انه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب و الوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية

البيع و لهذا لا يملكه الاب و الوصي) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل (وله) أي لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن التوكيل بالبيع مطلق) يعني غير مقيد بشيء (فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع (و البيع بالغبن) بالغين المعجمة و الباء الموحدة (أو بالعين) بالعين المهملة و سكون الياء آخر الحروف و هو العرض و هذا جواب عن قولهما يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو العين (متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن و التبرم من العين) يقال تبرم (١) به إذا سئم و تضجّر و كذا برم به بالكسر و عند الحاجة لا يبالى بقلة الثمن و كثرته (و المسائل) أي مسائل شراء الفحم و الجمد و الأضحية (ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما هو المروى عنه) و يقال من جهة أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لئن سلمنا أنها تتقيد فنقول إنما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد و ذلك يختص بالشتاء و الغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر و ذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد كالفقاعين وغيرهم لا يتقيد التوكيل كذا قال الإمام علاء الدين في طريقة الخلاف و كذلك التوكيل بالأضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة (و انه) أي و ان البيع بغبن فاحش جواب عن قولهما و لأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعنى لا نسلم أنه كذلك بل هو (بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به) أي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك (غير أن الأب و الوصي) جواب عما يقال لو كان البيع بغبن فاحش بيعاً من كل وجه لملكه الأب و الوصي و تقرير الجواب أن الأب و الوصي (لا يملكانه) أي البيع بغبن فاحش (مع أنه بيع) يعني من كل وجه (لأن ولايتهما نظرية) أي لأن ولاية الأب و الوصي على الصغير من حيث النظر في

(١) تبرم الخ و فى اللسان: البرم بالتحريك: مصدر برم بالأمر بالكسر برماً إذا سئمه فهو برم ضجر و قد أبرمه فلان إبراما أى أمله و أضجره فبرم و تبرم به تبرما و يقال: لا تبرمنى (من باب إفعال) بكثرة فضولك و فى حديث الدعاء: السلام عليك غير مودع برماً هو مصدر برم به بالكسر يبرم برماً بالفتح إذا سئمه و مله.

و لا نظر فيه و المقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال و الوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة و زيادة يتغابن الناس في مثلها و لا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتي لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه

أمرهما بالشفقة و إيصال النفع اليه (و لا نظر فيه) أي في البيع بغبن فاحش (و المقايضة) جواب عن قولهما و كذا المقايضة بيع من وجه و شراء من وجه و تقرير الجواب أن المقايضة (شراء من كل وجه و بيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما) و هو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه و شراء من كل وجه فإن قيل فمن المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة و بضدها في حالة واحدة قلنا إنما كان محالا إذا كان ذلك من جهة واحدة و ليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه و شراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه فان قيل إذا كان الأمر كذلك فمن أى وجه رجح ابو حنيفة رحمه الله تعالى جانب البيع ذكر في المبسوط ان جانب البيع يترجح على جانب الشراء في البيع بعرض ألا ترى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير إذن صاحبه كان مشترياً لنفسه و لو باع بغير إذن صاحبه شيئاً من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه فإن باعه بعرض يتوقف أيضا حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه (قال) أي القدوري رحمه الله (و الوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة و زيادة يتغابن الناس في مثلها) و هى الغبن اليسير (و لا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) و هو الغبن الفاحش و لا خلاف فيه بين الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأن التهمة فيه) أي في الشراء بالغبن الفاحش (متحققة) و التهمة معتبرة في باب الوكالة ألا ترى أن الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه و ابنه للتهمة (فلعله) أي فلعل الوكيل (اشتراه) أي اشترى الشيء الذي وكل به (لنفسه) أي لأجل نفسه (فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره) أي بغير نفسه لأنه لما رأى الخسران في الشراء ألحقه بالموكل (على ما مر) إشارة إلى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر (حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا) أي قال (١) المشايخ و أراد به عامة المشايخ فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش و قال بعضهم لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضاً (ينفذ على الآمر) أى ينفذ العقد على الآمر و ان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة (لأنه لا يملك شراءه

(١) قال المشايخ الخ و فى المعراج معزيا إلى الذخيرة أنه لا نص فيه كذا فى البحر.

لنفسه و كذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة و لا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد قال و الذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين

لنفسه) أي لأن الوكيل لا يملك أن يشتريه لنفسه و إن نوى الشراء لنفسه و صرح بذلك بأن قال اشهدوا اني قد اشتريتها لنفسي إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير أو خالف إلى جنس آخر على ما مر و قال شيخ الإسلام خواهر زادهٌ جاز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها في ما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد و الدواب و غير ذلك و أما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز و اللحم و غيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال في بيوع التتمة و به يفتى (و كذا الوكيل بالنكاح) على الخلاف المذكور (إذا زوجه) أي زوج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و وقع في بعض النسخ جاز عقده بالقاف و الظاهر أنه تصحيف و إن كان له وجه (لأنه لا بد من الإضافة) أي من إضافة العقد (إلى الموكل في العقد) أى فى عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أى تهمة أن يعقده أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل و إذا وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله و في قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله إذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز و إن أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن يرضاه (و لا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد) أي لا يضيف العقد إلى الموكل حيث يقول اشتريت و لا يقول لفلان (قال) أي القدوري رحمه الله (و الذي لا يتغابن (١) الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) لما ذكر الغبن اليسير و الفاحش شرع أن يبين كيفيتهما فقال و الذي ...... إلى آخره و قوله و الذي مبتدأ و خبره هو قوله ما لا يدخل و مقابل هذا مما يتغابن فيه و قال الطحاوي رحمه الله في مختصره و المقدار الذي يتغابن الناس فى مثله نصف العشرة أو أقل منه و هذا غير منصوص عنهم و لكن مذاهبهم تدل عليه و قال الشيخ أبوالمعين النسفيٌ في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخٌ في

(١) لا يتغابن الخ و فى البحر: و المراد بالتغابن الخداع فقولهم لا يتغابن الناس فيه معناه لا يخدع بعضهم بعضا لفحشه و ظهوره و قولهم يتغابن الناس فيه أي يخدع بعضهم بعضا لقلته و فى تاج العروس: غبنه فى البيع يغبنه غبنا بالفتح و يحرك أو الغبن بالتسكين فى البيع و هو الأكثر و بالتحريك فى الرأى إذا خدعه و وكسه و التغابن أن يغبن بعضم بعضا اهـ و على هذا فقولهم غبن فاحش أى خداع.

و قيل في العروض ده نيم و في الحيوانات ده يازده و في العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول و يقل في الأخير و يتوسط في الأوسط و كثرة الغبن لقلة التصرف قال و إذا وكله ببيع عبد (١) له فباع نصفه جاز عند

الحد الفاصل بين القليل و الكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل و ما لا يتغابن الناس فيه كثير و منهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل و ما لا يدخل فهو كثير و منهم من قال ذلك مفوض إلى رأى القاضي (و قيل) هذا معطوف على ما تضمن قوله ما يدخل تحت تقويم المقومين و هو بيان للغبن اليسير و قائله نصير بن يحيىؒ أنه قال قدر ما يتغابن الناس (في العروض ده نيم) ده بفتح الدال المهملة و سكون الهاء إسم عشرة بالفارسي و نيم بكسر النون و سكون الياء آخر الحروف و في آخره ميم و هو اسم النصف و المراد هنا نصف درهم (و في الحيوانات ده يازده) و هذا اسم لأحد عشر و يازده بالياء آخر الحروف بعدها ألف ثم زاي ساكنة ثم دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة (و في العقارات ده دوازده) و هذا اسم لاثني عشر دوازده بضم الدال المهملة و بالواو و الألف و سكون الزاي و بعد الزاي دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة و قال الاترازيؒ ناقلا عن لفظ الشيخ أبي المعين النسفيؒ و محمد رحمه الله تعالى قدر في هذا الكتاب بده نيم يعني في الجامع الكبير و مشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه أبوالقاسم بن شعيبؒ حكى عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده و في الحيوان بده يازده و في العروض بده نيم (لأن التصرف يكثر وجوده في الأول) و هو قوله في العروض ده نيم (و يقل في الأخير) و هو قوله في العقارات ده دوازده (و يتوسط في الأوسط) و هو قوله في الحيوانات ده يازده (و كثرة الغبن لقلة التصرف) و أوضح ذلك الشيخ الاكملؒ بقوله فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً لزم الآمر و إن زاد على ذلك لزم الوكيل و التقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة و ينقص بكثرتها و قلتها و كثرتها بقلة وقوع التجارات و كثرته و وقوعه في القسم الاول كثير و في الاخير قليل و في الاوسط متوسط و عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا و الدرهم مال يحبس لأجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً و النصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه و ما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا وكله) أى وكل رجل رجلا (ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند

---

(١) عبد له. ن. عبد-ن- عبده.

أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق و الاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى و قالا لا يجوز لأنه غير متعارف و لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الإمتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة و إذ لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز و هذا استحسان عندهما

أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و إنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لأنه إذا باع نصف ما وكل ببيعه و ليس في تفريقه ضرر كالحنطة و الشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح (لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق و الاجتماع) فيجري على إطلاقه و استوضح بقوله (ألا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (فاذا باع النصف به) أي بذلك الثمن (أولى) لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن و إنما قيد بقوله عنده لأنه لا يجوز عندهما لأنه غبن فاحش و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله فان قيل إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة أما في بيع النصف بنصف الثمن يلزم الشركة و هي عيب في الأعيان فكان يخالفه إلى الشر قلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على قوله فلأن يجوز هذا و هو أهون أولى (و قالا) أى قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يجوز) أى بيع نصف ذلك العبد (لأنه غير متعارف) يعنى لأن التوكيل ببيع العبد ينصرف إلى المتعارف و بيع النصف غير متعارف (و لما فيه من ضرر الشركة) أي لما في بيع النصف من ضرر الشركة لأنها عيب (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي الوكيل و الموكل (لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى ان يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه) أى البيع الأول (وقع وسيلة) إلى الامتثال (و إذا لم يبع ظهر أنه) أى البيع الأول (لم يقع وسيلة) أى إلى الامتثال (فلا يجوز و هذا) أي كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان (١) عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف

---

(١) استحسان عندهما قال في البحر: و هو يفيد ترجيح قولهما و لذا أخره مع دليله كما هو عادته و لذا استشهد لقول الامام بما لو باع الكل بثمن النصف فانه يجوز و قد علمت أن المفتى به خلاف قوله اه أى خلاف قوله فيما استشهد به قلت و قد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم كذا في الشامية.

و إن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلي شرائه شقصاً شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الآمر و هذا بالاتفاق و الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن في الشراء يتحقق (١) التهمة

(و إذا وكله) و في بعض النسخ و إن وكله أي و إن وكل رجل رجلاً (بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء (٢) موقوف و قال (٣) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا ينفذ على الآمر (فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً) و الشقص (٤) القطعة من الأرض و الطائفة من الشيء (فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه) أى أن شراء النصف (وقع وسيلة)أى إلى الامتثال (فينفذ على الآمر) لأنه يصير كأنه اشتراه جملة و زالت التهمة (و هذا) أى جواب هذه المسألة و هو كون الشراء موقوفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى و قال القدوري رحمه الله في كتابه المسمى بالتقريب قال أبويوسف رحمه الله تعالى إذا وكل رجل رجلاً أن يشترى له عبداً فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه و لم يجز عتق الوكيل و قال محمد رحمه الله تعالى يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل (و الفرق لأبي حنيفة رحمه الله) أي بين البيع و الشراء (ان في الشراء تتحقق التهمة) لأن (٥) صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد و نصف العبد ليس بعبد فلا يصير به ممتثلا أمر الآمر إلا أن يشترى ما بقى قبل الخصومة فاما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير و ذلك موجود في البعض و الكل فيعتبر فيه إطلاقه و تحقيق الكلام فيه أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر العموم و

(١) يتحقق. ن. تتحقق. (٢) فالشراء موقوف الخ لا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه زيلعى و فيه لا يقال انه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى لأنا نقول انما لا يتوقف إذا وجد نفاذاً على العاقد و ههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه و لا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف اه ملخصا كذا فى الشامية. (٣) قال الشافعيّ الخ و فى شرح الوجيز للشوافع ص٢٥٧ ج٥. و لو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرر التبعيض اه و مثله فى المغنى للحنابلة ص ٢٥٢ ج٥. (٤)الشقص الخ و فى اللسان: الشقص (بالكسر) و الشقيص: الطائفة من الشئ و القطعة من الأرض و قيل: هو قليل من كثير و قيل: هو الحظ و لك شقص هذا و شقيصه كما تقول نصفه و نصيفه و الجمع من كل ذلك أشقاص و شقاص (بالكسر) قال الشافعيّ فى باب الشفعة: فان اشترى شقصا من ذلك أراد بالشقص نصيبا معلوما غير مفروز قال شمر: قال خالد النصيب و الشرك و الشقص واحد قال شمر: و الشقيص مثله و هو فى العين المشركة من كل شئ قال الأزهرى: و إذا فرز جاز أن يسمى شقصا اه ملخصا. (٥) لأن صحة الخ كذا فى المبسوط للسرخسىّ ص٤٤ ج١٩.

على ما مر و آخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه و الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد و الإطلاق قال و من أمر رجلاً ببيع عبده فباعه و قبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع

الاطلاق في التوكيل بالبيع و أما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه و لا تهمة و عندهما كلاهما سواء (على ما مر) إشارة إلى قوله الذي تقدم لأن التهمة فيه متحققة (و آخر) أي فرق آخر بين البيع و الشراء (أن الأمر بالبيع) أي في صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أي ملك الآمر (فيصح) أي أمره لولايته على ملكه (فيعتبر فيه اطلاقه) أي إطلاق الأمر فجاز بيع النصف لأن الأمر وقع مطلقاً عن الجمع و التفريق (و الأمر بالشراء) أي في صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) و هو مال البائع (فلم يصح) أي الأمر مقصوداً لأنه لا ملك للآمر في مال الغير و إنما صح ضرورة الحاجة اليه و لا عموم لما ثبت ضرورة (فلم يعتبر فيه الاطلاق و التقييد) أي إطلاق الأمر و تقييده فلم يجز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى المتعارف و هو شراء الكل لا البعض لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما فيجوز على الآمر لأنه حصل مقصوده (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أمر رجلا ببيع (١) عبده فباعه و قبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه) أي على البائع (بعيب (٢) لا يحدث مثله) كالإصبع الزائدة و السن الشاغية (بقضاء القاضي) متعلق برده أى رده بقضاء القاضى إما (ببينة) قامت على المأمور (أو بإباء يمين) أي القضاء بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها اليه (أو بإقراره) أي القضاء باقرار المأمور بالعيب (فإنه) أي فان المأمور (يرده) أي يرد العبد الذى رد عليه (على الآمر) من غير خصومة إذ الرد على الوكيل رد على الموكل (لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع) إذ الكلام فى عيب لا يحدث مثله فان قيل إذا كان الوكيل مقراً بالعيب يرد عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما الفائدة من ذكره أجيب بأنه يحتاج في صورة الاقرار إلى القضاء لأنه يكن أن

---

(١) ببيع قيد بالبيع لأن الوكيل بالاجارة إذا آجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة كذا فى البحر. (٢) بعيب قيد بالعيب إذ لو قبله بغير قضاء بخيار رؤية أو شرط فهو جائز على الآمر و كذا لو رده المشترى عليه بعيب قبل القبض كذا فى البحر معزوا إلى الكافي.

فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج و تأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء و قولهن و قول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع و العيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها و هو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد و خصومة قال و كذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة

يقر بالعيب و يمتنع عن القبول فالقاضي يجبره على القبول (فلم يكن قضاؤه مستنداً) هذا جواب عما يقال لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضاء على وجود هذه الحجج بل ينبغي أن يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع و تقرير الجواب بأن يقال لم يكن قضاؤه مستنداً (إلى هذه الحجج) و هي البينة و الإباء عن اليمين و الاقرار (و تأويل اشتراطها في الكتاب) أي إشتراط الحجج المذكورة في الجامع الصغير (أن القاضي يعلم أنه) أي أن العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه إشتبه عليه) أى على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ) أى لأجل ظهور التاريخ يوضح هذا أن محمداً شرط في الجامع الصغير البينة أو الإباء أو الاقرار لاشتباه الامر على القاضي بأن العيب قديم أو لا إذ يعلم القاضي منها أن مثل هذا العيب لا يحدث مدة شهر مثلا و لكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري إلى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه و هذا بيان ما ذكره المصنف (أو كان عيباً) أي أو كان العيب الذي يريد المشترى الرد به عيباً (لا يعرفه إلا النساء) كالقرن في الفرج و نحوه (أو الاطباء) أي أو عيباً لا يعرفه إلا الاطباء كالسعال القديم و الدق (و قولهن) أى قول النساء (و قول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشترى (لا في الرد) أي ليس بحجة في رد المبيع على البائع فإذا كان كذلك (فيفتقر) أي القاضي (اليها) أي إلى الحجج المذكورة و هي البينة و الإقرار و الإباء (فى الرد) على البائع (حتى لو كان القاضي عاين البيع و العيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها) أي من الحجج المذكورة (و هو) أي الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد و خصومة قال و كذلك ان رده عليه) أي و كذلك الحكم إن رد المشترى المبيع على البائع (بعيب) أي بسبب عيب (يحدث مثله) أي مثل هذا العيب (ببينة) يتعلق بقوله إن رده أى

أو بإباء يمين لأن البينة حجة مطلقة و الوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور لأن الإقرار

رده عليه ببينة (أو بإباء يمين) أي أو بالنكول عن اليمين (لأن البينة حجة مطلقة (١)) أي (٢) مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل (و الوكيل (٣) مضطر في النكول) قال الكاكيؒ هذا جواب عن قول زفرؒ فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل كمن اشترى شيئاً و باعه من غيره ثم أن المشترى التاني وجد عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه و تقرير الجواب ان الوكيل مضطر في هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أى عن علم الوكيل (باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر) تقريره إنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره للآمر يعني انه لم يباشر أحوال المبيع و هو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكل و الآمر هو الذي أوقعه فيه فكان الرد عليه رداً على الموكل بخلاف ما إذا أقر فانه مختار فيه لا مضطر و بخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول و لكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط و قال تاج الشريعةؒ إذا كان الرد بالبينة فظاهر و إذا كان بالنكول ففيه نوع إشكال لأنه جعل النكول هنا بمنزلة البينة و في فصل الاستحساق بمنزلة الإقرار ألا ترى أن من اشترى عبداً فادعى رجل انه عبده و استحلف المشترى فنكل فقضى القاضى بنكوله فالمشترى لا يرجع بالثمن كما أقر به المشترى و الجواب هو الفرق بين المسألتين أن في مسألة الشراء سبق من المشترى ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه لما أن الشراء من اسباب الملك فلم يكن مضطراً في النكول فاعتبر نكوله بإقراره و أما في حق الوكيل فلم يسبق منه ما يطلق له اليمين فكان مضطراً في النكول كما هو مضطر عند اقامة البينة فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الوجه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (فان كان ذلك) أي الرد بالعيب (بإقرار لزم المأمور) أى لزم العبد المامور و هو الوكيل (لأن الإقرار

(١) مطلقة أى كاملة فتتعدى كذا فى العناية و هو الظاهر كذا فى النتائج. (٢) أى مثبتة الخ كذا فى معراج الدراية أخذا من الكافى. (٣) و الوكيل مضطر الخ قال الرمليؒ: فيه دليل على أن الدعوى لو وقعت فى ثمن المبيع بأن ادعى المشترى دفعه للوكيل و أنكره الوكيل فطلب المشترى يمينه على عدم الدفع له فنكل فقضى عليه أنه يضمن الثمن للموكل لفقد العلة المذكورة و لكونه إما باذلا أو مقرا و على التقديرين يضمن و هى واقعة الفتوى فتأمل اهـ قلت: و فى الكفاية قوله "و الوكيل مضطر الخ" يشير إلى أن الوكيل يحلف على البتات إذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه و لكن عامة الروايات على أن الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فحينئذ يضطر إلى النكول كذا فى المنحة على البحر.

حجة قاصرة و هو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت و النكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء بإقرار و العيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث و البائع ثالثهما و الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه (١) و من حيث القصور في الحجة

حجة قاصرة) لا يظهر إلا في حق المقردون غيره (و هو) أى المامور (غير مضطر اليه) أي إلى الإقرار (لإمكانه السكوت و النكول) حتى يعرض عليه اليمين و يقضي عليه بالنكول و السكوت و السكوت و النكول مرفوعان أي لأنه يمكنه السكوت و النكول (إلا أن له) أي غير أن له (أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله) أي نكول الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة و هي الإقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه و من حيث القصور لا يلزمه و هذه (٢) فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة (بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء باقرار) من الوكيل (و العيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعنى الموكل (لأنه) أى الرد بالاقرار و الرضا من غير قضاء (بيع جديد فى حق ثالث) و إن كان فسخا فى حق المتعاقدين (و البائع) يعنى الموكل (ثالثهما) أى ثالث المتعاقدين و هما الوكيل و المشترى قال الأترازيّ كان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول آمره و كان ينبغي ايضاً أن يقول مكان قوله و البائع ثالثهما و الموكل ثالثهما أو الآمر ثالثهما لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل و هو ليس ببائع انتهى قيل عبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل و تقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه (و الرد بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون له حق الخصومة مع الموكل إذ قد حصل الرد بإقرار الوكيل فكان بيعاً جديداً في حق الموكل و تقرير الجواب أن الرد بقضاء القاضي فسخ (لعموم ولاية القاضي) على الوكيل و الموكل فلا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد التراضي لأن القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخاً لعموم ولاية القاضى (غير أن الحجة قاصرة و هي الإقرار) يعني لكن الفسخ استند إلى حجة قاصرة و هى الاقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أي فمن حيث أن الرد بالقضاء فسخ (كان له) أي للوكيل (أن يخاصم) أى مع الموكل (و من حيث القصور في الحجة) أي من

---

(١) يخاصمه. ن. يخاصم. (٢) هذه فائدة الخ كذا فى العناية أقول فيه بحث راجع له نتائج الأفكار.

لا يلزم الموكل إلا بحجة و لو كان العيب لا يحدث مثله و الرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين و في عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا و الحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد و قد بيناه في الكفاية بأطول من هذا قال و من قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة و قال المأمور أمرتني ببيعه و لم تقل شيئاً فالقول قول الآمر لأن الأمر يستفاد من جهته

حيث أن الإقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل إلا بحجة) و هي إقامة البينة على الموكل (و لو كان العيب لا يحدث مثله و الرد بغير قضاء) أى و كان الرد بغير قضاء (باقراره) أى باقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) و هي رواية كتاب البيوع من الأصل (لأن الرد متعين) و ذلك لأن الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه فإذا كان الرد متعيناً صار تسليم الخصم و تسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة و قضاء الدين و الرجوع في الهبة (و في عامة الروايات) أي من المبسوط (ليس له) أى للوكيل (أن يخاصمه) أى يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه ببيع جديد في حق ثالث (و الحق) أى حق المشترى (في وصف السلامة) جواب من قال إن الرد متعين يعني حكم الأصل المطالبة بوصف السلامة (ثم ينتقل إلى الرد) بضرورة العجز (ثم إلى الرجوع) أي ثم ينتقل الى الرجوع (بالنقصان) و هي حصة العيب (فلم يتعين الرد) و فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع (و قد بيناه) أي حكم المسائل المذكورة (في الكفاية (اسم الكتاب ألفه المصنفّ (بأطول من هذا) أي من الذي بيناه هنا (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة و قال المأمور أمرتني ببيعه و لم تقل شيئاً فالقول (١) قول الآمر) و به (٢) قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله في رواية و عن مالك رحمه الله تعالى إن كانت السلعة قائمة فالقول للموكل و إن كانت هالكة فالقول للوكيل و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية القول قول الوكيل (لأن الأمر يستفاد من جهته) أي من جهة الآمر

(١) فالقول الخ و فى كافى الحاكم: و إذا باع الوكيل العبد بخمسمائة فقال الآمر أمرتك بألف أو قال أمرتك بدينار أو بحنطة أو شعير أو باعه بنسيئة فقال أمرتك بالحال فالقول قول الآمر و كذلك هذا فى النكاح و الكتابة و الاجارة و العتق على مال اه ثم قال: و لو أمره أن يبيعه من فلان بكفيل فباعه بغير كفيل لم يجز و إن قال الوكيل لم يأمرنى بذلك فالقول للآمر اه كذا فى البحر. (٢) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٢٢٦ ج٥ و شرح الوجيز للرافعى الشافعيّ ص ٢٦١ ج٥.

و لا دلالة على الإطلاق قال و إن اختلف في ذلك المضارب و رب المال فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة (١) المضاربة فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع و المضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً و نسيئة

(و لا دلالة على الإطلاق) إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً و قد يكون مطلقاً و لا دليل على أحد الوجهين و الأمر يستفاد من جهة الآمر فكان القول قوله كما لو أنكر أصل الوكالة (قال و إن اختلف في ذلك) أي في النقد و عدمه (المضارب و رب المال) بأن قال رب المال أمرتك بالنقد و قال المضارب بل دفعت مضاربة و لم تعين شيئاً (فالقول قول المضارب لأن (٢) الأصل في المضاربة العموم) و الإطلاق (ألا ترى أنه) أى المضارب (يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة) و يثبت الإذن عاماً (فقامت (٣) دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع) من البز (و المضارب في نوع آخر) أي و ادعى المضارب المضاربة في نوع آخر من البز (حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقها فنزل إلى الوكالة المحضة) و في الوكالة المحضة القول للآمر كما مر (ثم مطلق الأمر بالبيع) في صورة الوكالة (ينتظمه) أى ينتظم البيع (نقداً و نسيئة

---

(١) لفظة. ن. لفظ. (٢) لأن الأصل الخ. و فى مضاربة البزازية نوع فى الاختلاف مقتضى المضاربة العموم فالقول لمن يدعيها و التخصيص عارض لا يثبت إلا ببينة و إذا اتفقا أن العقد وقع خاصا و اختلفا فيما خص العقد فيه فالقول لرب المال لاتفاقهما على العدول عن الظاهر و الإذن يستفاد من قبله فيعتبر قوله أمرتك بالاتجار فى البر و ادعى الاطلاق فالقول للمضارب لادعائه عمومه و عن الحسنؒ عن الامامؒ أنه لرب المال لأن الإذن يستفاد منه و إن برهنا فان نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة فى كل تجارة فهى أولى لإثباته الزيادة لفظا و معنى و إن لم ينصوا على هذا الحرف فلرب المال و كذا إذا اختلفا فى المنع من السفر لاقتضاء المضاربة إطلاقها على الروايات المشهورة قال المضارب هو فى الطعام و رب المال قال فى الكرباس فالقول له و إن برهنا فللمضارب لأن رب المال لا يحتاج إلى الاثبات و المضارب محتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه و إن وقتا فالوقت الأخير أولى اه و البضاعة كالمضاربة إلا أن المضارب يملك البيع و المستبضع لا إلا إذا كان فى لفظه ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك كذا فى وكالة البزازية و الظاهر أنها كالوكالة من حيث أن الأصل فيها التقييد إلا أنه لا يملك الابضاع و الايداع و بيع ما اشتراه إلا بالتنصيص بخلاف المضارب كذا فى البحر. و فى المنحة على البحر: قوله: (و الظاهر أنها كالوكالة الخ) قال الرمليؒ: و مثل المضاربة الشركة الظاهر أن الأصل فيها الاطلاق لأنها مبنية عليها و ما علل به الزيلعيؒ كالصريح فيه فتأمل. (٣) فقامت دلالة الاطلاق أى فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعى الاطلاق فى المضاربة كان مدعيا لما هو الأصل فيها فكان القول قوله كذا فى نتائج الأفكار.

إلى أيّ أجل كان عند أبي حنيفةؒ و عندهما يتقيد بأجل متعارف و الوجه قد تقدم قال و من أمر رجلاً ببيع عبده فباعه و أخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق و قبض الثمن منها و الكفالة توثق به و الارتهان وثيقة لجانب الإستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة و قد أنابه في قبض الدين دون الكفالة و أخذ الرهن

إلى أي أجل كان) متعارفا عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبي حنيفةؒ و عندهما يتقيد بأجل متعارف و الوجه قد تقدم) أي الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة التوكيل بالبيع فان أبا حنيفةؒ عمل بالإطلاق و هما بالمتعارف (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أمر (١) رجلا ببيع عبده فباعه و أخذ بالثمن رهناً فضاع) أى الرهن (في يده أو أخذ به) أى بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أي على الكفيل (فلا ضمان (٢) عليه) أي على الكفيل قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة و قيل بل على حقيقتها و التوى يتحقق في الكفالة بأن مات الكفيل و المكفول عنه مفلسين و قيل (٣) التوى فيها بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هومذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى فيحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه (لأن الوكيل أصيل في الحقوق) أى في حقوق العقد (و قبض الثمن منها) أي من الحقوق (و الكفالة توثق به) أي بالثمن (و الارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) أى استيفاء الثمن و لو استوفى الثمن و هلك عنده لم يضمن (فيملكهما) أي فيملك الوكيل الكفالة و الرهن (بخلاف الوكيل بقبض الدين) إذا أخذ بالدين رهناً أو كفيلا فانه لا يجوز (لأنه) أى الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) عن الموكل حتى إذا نهاه الموكل عن القبض يصح نهيه (و قد أنابه في قبض الدين دون الكفالة و أخذ الرهن) فيقتصر على قدر المامور به دون

---

(١)و من أمر الخ قال فى نور العين وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و ضمن لموكله لا عند أبي يوسفؒ و الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة إجماعا اهـ قلت و كذا بعد قبض الثمن لا يملك الحط و الابراء بزازية كذا فى الشامية (٢)فلا ضمان عليه أى على المامور قال الكاكىؒ فى معراج الدراية فلا ضمان عليه أى على الكفيل و تبعه الشارح العينىؒ أقول لا وجه له أصلا إذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه و انما الكلام فى عدم الضمان على الكفيل إذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ألا يرى قول المصنفؒ فى تعليل المسألة لأن الوكيل أصيل فى الحقوق اهـ كذا فى النتائج. (٣) و قيل الخ نص على هذا القيل النسفىؒ في الكافى و رجحه الزيلعىؒ فى التبيين و مشى عليه ابن الكمالؒ فى الايضاح.

و الوكيل بالبيع يقبض إصالة و لهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

و إذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر و هذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع و الخلع و غير ذلك لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما

غيره (و الوكيل بالبيع يقبض) أي الثمن (إصالة) لا نيابة (و لهذا) أي و لأجل كون الوكيل بالبيع يقبض إصالة (لا يملك الموكل حجره) أي حجر الوكيل (عنه) أي عن قبض الثمن عندنا و قالت الأئمة الثلاثة يملك و الله أعلم.

(فصل)

أي هذا فصل في بيان وكالة الاثنين و وجه تأخيره عن وكالة الواحد ظاهر طبعاً و وضعاً قيل لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة إلا أن يقال يفهم هنا شئ آخر غير الوكالة بالبيع و هو الوكالة بالخلع و الطلاق و التزويج و الكتابة و الاعتاق و الإجارة (و إذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر و هذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع و الخلع وغير ذلك) قال الطحاويّ في مختصره و إذا وكل الرجل الرجلين ببيع عبد أو بابتياعه أو بتزويج امرأة أو بخلع امرأته منه على مال أو بعتق عبده على مال أو مكاتبته ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز إلا ان يجيزه الآخر فيجوز و إن وكلهما بعتق عبده بغير مال أو بطلاق امرأته بغير مال ففعل ذلك أحدهما دون الآخر جاز و قال الاسبيجابيّ في شرح الطحاوي الوكيلان بالتزويج و الخلع و الكتابة على مال إذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر و في المبسوط هذا الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد فأما إذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما ان يتصرف بدون الآخر لأنه إذا وكلهما بكلامين فقد رضى برأى احدهما بخلاف الوصيين إذا اوصى إلى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لم يتفرد أحدهما بالتصرف في أصح القولين و في شرح الطحاوي أما الوصيان فليس لاحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه عندأبي حنيفة و محمد رحمهما الله إلا في اشياء معروفة و عند أبي يوسفّ لكل واحد منهما ولاية تصرف على حدة قلت الاشياء المعروفة سبعة شراء الكفن و قضاء الدين من المعين و تنفيذ الوصية في عين و رد الوديعة و شراء الطعام و الكسوة للصغير و الخصومة و قبول الهدية (لأن الموكل رضي برأيهما لا برأى أحدهما) حتى لو با ع أحدهما و الآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيزه الآخر و لو كان الآخر غائباً عنه فأجازه لم يجز

و البدل و إن كان مقدراً و لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة و اختيار المشتري قال إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلي الشغب

عند أبي حنيفةؒ ذكره في الذخيرة و في المبسوط و لو كان أحدهما صبياً أو عبداً محجوراً لم يجز للآخر أن ينفرد بالتصرف و لو كانا حرين فباع أحدهما و الآخر حاضر فأجاز كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما و لو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف لأنه ما رضي برأى أحدهما (و البدل و إن كان مقدراً) هذا جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فلا يحتاج إلى رأيهما فيجوز أن يتصرف أحدهما و تقرير الجواب أن البدل و هو الثمن و إن كان مقدرا (و لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة) بأن يزداد الثمن عند اجتماع الرأى لذكاء أحدهما و معرفته التامة (و اختيار المشتري) أي و في اختيار المشتري يشترى ما وكلا به لأن من المشتريين من يماطل في أداء الثمن فيختار الآخر من لا يماطل و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل و لو كان الموكل يسمي لهما ثمناً فباع أحدهما به لم يجز و إن باعا جميعاً بذلك الثمن فهو جائز و إن لم يسم لهما ثمناً فباعا بثمن نسيئة فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول هو جائز و إن باعا بدرهم شيئا يساوي الفاً و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا اخطأ من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز قال أبو حنيفةؒ وكلهما أن يشتريا له شيئاً فزاد على ثمنه ما لا يتغابن الناس في مثله فإنه لا يلزمه و قال البيع و الشراء في ذلك مختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله هما سواء لا يجوز على الآمر إلا ما يتغابن الناس في مثله (قال) أي القدوريؒ (إلا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد أحدهما بالتصرف و قال زفرؒ لا يصح الانفراد فيها أيضاً و به (١) قال الشافعي و أحمد رحمهما الله لأنه يحتاج فيها إلى الرأى و رأى الاثنين لا يكون كرأي واحد و قال المصنفؒ (لأن الاجتماع فيها) أي في الخصومة (متعذر للافضاء إلي الشغب (٢)) بفتح الشين المعجمة و سكون الغين المعجمة تهييج الشر

(١) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى ص٢١٤ ج٥. (٢) الشغب الخ و فى تاج العروس: الشغب بالتسكين و يحرك و هو لغة و قيل لا و نسبها ابن الأثيرؒ للعامة و قال الحريرىؒ فى درة الغوامص و يقولون فيه شغب بفتح الغين فيوهمون فيه كما وهم بعض المحدثين فى قوله شغبت كيما تغطى الذنب بالشغب و الصواب فيه شغب باسكان الغين و اعترض عليه ابن برىؒ فى حواشي الدرة و قال إن قولهم شغب بفتح الغين صحيح وارد نقله ابن دريدؒ قال شيخناؒ و حكاه ابن جنيؒ فى المحتسب و الزمخشرى فى الاساس و هو تهييج الشر و الفتنة و الخصام و الشغب الخلاف قاله الباهلى اهـ.

في مجلس القضاء و الرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة قال أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه

(في مجلس القضاء) لأن فيه مهابة مجلس القضاء (و الرأى يحتاج اليه سابقاً لتقويم الخصومة) هذا إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي و الموكل إنما رضي برأيهما و وجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفي بذلك و لا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور و إطلاق محمد رحمه الله تعالى يدل على هذا و قيل يشترط و قال الإمام الاسبيجابيّ في شرح الطحاوي الوكيلان بالخصومة لأحدهما أن يخاصم إلا إذا انتهيا إلى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى (١) يجتمعا لأن الخصومة مما لا يتأتى فيها إثنان و القبض مما يتأتى فيه الإجتماع (قال) أي القدوريّ (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا عطف على المستثنى و هو قوله بالخصومة أي أو أن يوكلهما بطلاق زوجته بغير مال فلأحدهما أن يطلق خلافاً للشافعي و أحمد رحمهما الله و قد ذكرنا عن الطحاويّ أنه إذا وكلهما بطلاق امرأته على مال ففعل ذلك أحدهما لا يجوز (أو بعتق عبده بغير عوض) أي أو أن يوكلهما بأن يعتقا عبده بغير مال فلأحدهما أن يعتقه (أو برد وديعة عنده) أي أو أن يوكلهما برد وديعة إلى صاحبها فلأحدهما أن يردها قيد بردها لأنهما إذا كانا في قبضها لا ينفرد واحدهما و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله الرد كالقبض و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل لو وكلهما بقبض وديعة و قبضها احدهما بغير إذن صاحبه يضمن لأنه شرط اجتماعهما على القبض و لم يوجد فإن قيل ينبغي أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه و بدونه لا (أو قضاء دين عليه) أي أو أن يوكلهما بقضاء (٢) دين عليه فلأحدهما أن يقضيه و قال فخر الدين قاضي خانّ في شرح الجامع الصغير لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة الأول إذا وكلهما بالطلاق و الثاني إذا وكلهما بالعتاق و الثالث إذا وكلهما برد وديعة أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل

(١) حتى يجتمعا أقول إن الوكيل بالخصومة لا يملك القبض و به يفتى أبو السعود كذا في الشامية. (٢) بقضاء دين الخ أقول قضاء الدين كرد الوديعة و إقتضاؤه كاستردادها و أما الهبة ففى الولوالجية: وكلهما الواهب في تسليم الهبة للموهوب فلأحدهما أن ينفرد و إذا وكلهما الموهوب له فى قبضها من الواهب فليس لأحدهما الانفراد فالأول كرد الوديعة و الثانى كاستردادها و فى الخانية من باب الوصى: و لو وكل رجل رجلين بأن يهبا هذه العين و لم يعين الموهوب له عندهما لا ينفرد أحدهما بذلك و عند أبى يوسفّ ينفرد و إن عين الموهوب له ينفرد أحدهما عند الكل اه كذا فى البحر.

لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو (١) تعبير محض و عبارة المثنى و الواحد سواء و هذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس و لأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال و ليس للوكيل

و الرابع إذا وكلهما بالخصومة (لأن هذه الأشياء) و هي الطلاق بلا عوض و العتاق بلا عوض و رد الوديعة و قضاء الدين (لا يحتاج فيها) أي في هذه الأشياء (إلى الرأى بل هى) أي بل الوكالة في هذه الأشياء و في بعض النسخ بل هو أي التوكيل (تعبير محض) يعني لكلام الموكل (و عبارة المثنى) أي الاثنان (و الواحد) أي و عبارة الواحد (سواء) لعدم الاختلاف في المعنى (و هذا) أي جواز انفراد أحدهما (بخلاف ما إذا قال لهما) أي للوكيلين (طلقاها إن شئتما أو قال أمرها) أي أمر امرأته (بأيديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما في هاتين الصورتين (لأنه) أى لأن ما قاله لهما فيهما (تفويض إلى رأيهما) و أوضح ذلك بقولهما (ألا ترى أنه) أي قوله طلقاها أو أمرها بأيديكما (تمليك مقتصر على المجلس) و إذا كان تميلكاً صار التطليق مملوكا له فلا يجوز لأحدهما التصرف بغير إذن صاحبه قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقة و اجيب بأن فيه ابطال حق الآخر إذ بإيقاع النصف يقع تطليقة كاملة فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع (و لأنه) أي و لأن الآمر بقوله طلقاها إن شئتما (علق الطلاق بفعلهما) أي بفعل المأمورين و هو التطليق (فاعتبره بدخولهما) أي فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخولهما الدار فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا بيانه لو قال إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً و كذا في قوله طلقاها إن شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً و قد ضبط الاترازيّ قوله فاعتبره على صورة الأمر من الاعتبار و كذا ضبط شيخنا العلاءّ ثم كتب بيده على الحاشية أي اعتبر التعليق بتطليهقما بالتعليق بدخولهما (قال) أي القدوري رحمه الله تعالي (و ليس (٢) للوكيل

---

(١) هو. ن. هي. (٢) ليس للوكيل الخ قال الرمليّ: المراد نفى النفاذ لا نفى الصة حتى لو وكل بدونهما فأجاز الموكل نفذ فيكون فضوليا يعلم هذا من قولهم كلما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف اه كذا فى المنحة على البحر. و فى البحر: و خرج عن قوله لا يوكل إلا باذن أو إعمل برأيك ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من فى عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده و فى وكالة الخزانة: و ما لو وكل الوكيل بدفع الزكاة ثم و ثم فدفع الآخر جاز و لا يتوقف كما فى أضحية الخانية و ذكر قبله: رجل وكل غيره بشراء أضحية فوكل الوكيل غيره ثم و ثم فاشترى الآخر يكون موقوفا على إجازة الأول إن أجاز جاز و إلا فلا اه.

أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به و هذا لأنه رضي برأيه و الناس متفاوتون في الآراء قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضاء أو يقول له إعمل برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه و إذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول

أن يوكل فيما وكل به لأنه) أى الموكل (فوض إليه) أى إلى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذى وكل به (دون التوكيل) أى لم يفوض إليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (و هذا) أي عدم جواز توكيل الوكيل (لأنه) أى الموكل (رضي برأيه) أى برأى الوكيل (و الناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون راضياً بغيره (قال) أي القدوري (إلا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله و ليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به فانه إذا أذن له فى ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضاء) حينئذ برأى غيره أيضا المسألة على ثلاثة أوجه أحدها أن يوكله و لم يأذن له و لم ينهه عن التوكيل فليس له أن يوكل غيره عندنا و عند (١) أحمد رحمه الله تعالى و قال مالك و الشافعي رحمهما الله إن كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له أن يوكل غيره و ان كان يعجز عنه او ممن لم يباشر ذلك الفعل بنفسه لوجاهته له أن يوكل و به قال احمد في رواية الوجه الثاني ان يأذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف الوجه الثالث ان ينهاه عن التوكيل لا يوكل غيره بلا خلاف (أو يقول له) أي للوكيل (إعمل برأيك) فله التوكيل عندنا و عند (٢) أحمد رحمه الله تعالى و قال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين (لاطلاق التفويض إلى رأيه) أى إلى رأى الوكيل و ذلك يدل على تساويه مع غيره (و إذا جاز في هذا الوجه) يعني في قوله اعمل برأيك (يكون الثاني) يعني وكيل الوكيل (وكيلا عن الموكل حتى (٣) لا يملك الأول) أي الوكيل الأول

---

(١) عند أحمد رحمه الله تعالى و فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢١٥ ج٥ لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينهي الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف (الثانى) أذن له فى التوكيل فيجوز له ذلك و لا نعلم فى هذين خلافا (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنية فى حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها فى العادة أو يعجز عن عمله لكونه لايحسنه أو غير ذلك فانه يجوز له التوكيل فيه (القسم الثانى) أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته و انتشاره فيجوز له التوكيل فى عمله أيضا و قال القاضي عندى انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه و لأصحاب الشافعي رحمه الله تعالى وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين و هو ما يمكنه عمله بنفسه و لا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين (احداهما) لا يجوز نقلها ابن منصور و هو مذهب أبى حنيفة و أبى يوسف و الشافعي رحمهم الله تعالى و الأخرى يجوز نقلها حنبل و به قال ابن أبى ليلى اه ملخصا. (٢) عند أحمد رحمه الله تعالى كذا فى المغنى. (٣) حتى لا يملك الخ و فى الخلاصة: رجل وكل =>

عزله و لا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول و قد مر نظيره في أدب القاضي قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور رأي الأول و قد حضر و تكلموا في حقوقه و إن عقد في حال غيبته لم يجز لأنه فات رأيه

(عزله) أي عزل الوكيل الذي وكله (و لا ينعزل بموته) أى و لا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى (١) و قال في الاصح ينعزل بعزله و بموته (و ينعزلان) أى الوكيل الاول و الوكيل الثاني (بموت الاول) أى الموكل الاول (و قد مر نظيره في أدب القاضي) و هو ما ذكره في اول فصل باب التحكيم بقوله و ليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض اليه ذلك إلى آخر ما ذكر (قال) أى القدوري (فان وكل) أى الوكيل (بغير اذن موكله فعقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أي بحضرة الوكيل الاول (جاز) أى العقد (لأن المقصود) أى مقصود الموكل الاول (حضور رأى الاول) أى الوكيل الاول (و قد حضر) أى رأيه فيجوز استحساناً و قال زفر لا يجوز و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله كما في غيبته (و تكلموا) أى تكلم المشايخ (في حقوقه) أى في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني إذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز لكن في حقوق العقد كلام قال بعضهم ترجع الى الاول لأن الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني كذا في الفتاوى الصغرى عن فتاوى البقالي و قال بعضهم ترجع الى الثاني لأن السبب و هو العقد وجد من الثاني و اليه (٢) ذهب ابو الليث في حيل العيون (و إن عقد) أى الوكيل الثاني (في حال غيبته) أي غيبة الوكيل الاول (لم يجز) أى العقد (لأنه فات رأيه) أى رأى الوكيل

=> رجلا ببيع شئ و شرائه و قال له إصنع ما شئت فوكل الوكيل رجلا بذلك ثم مات الوكيل الاعلى فالوكيل الأسفل على وكالته و لو أخرجه الوكيل الذى وكله جاز و لو أخرجه الموكل كان إخراجه جائزا أيضا سواء كان الوكيل الأول حيا أو ميتا اه فقد صحح عزل الوكيل لوكيله و هو مخالف لما فى الهداية من أن الثانى صار وكيل الموكل فلا يملك الوكيل عزله إلا أن يفرق بين قوله إصنع ما شئت فيملك عزله و بين قوله إعمل برأيك فلا يملك عزله و الفرق ظاهر و علل فى الخانية بأنه لما فوضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه و عزله من صنعه اه كذا فى البحر. و فى الشامية: بعد نقل عبارة البحر المذكورة: فليس فى كلام الخلاصة و الخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن فى المسألة قولين و دعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهر لما فى الحواشي اليعقوبية و الحواشي السعدية أنه ينبغى أن يملكه فى صورة إعمل برأيك لتناول العمل بالرأى العزل كما لا يخفى اه.

(١) أحمد رحمه الله تعالى كذا فى المغنى ص ٢١٧ ج٥. (٢) و إليه ذهب الخ و صححه فى الخانية و البحر و الدر المختار.

إلا أن يبلغه فيجيزه و كذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه لأنه حضر رأيه و لو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهراً و قد حصل و هذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين و قدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه إجتماع رأيهما في الزيادة و اختيار المشتري على ما بيناه أما إذا لم يقدر الثمن و فوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر و هو التقدير في الثمن

الاول فلم يحصل مقصود الموكل و هو حضور رأيه (الا أن يبلغه) أى إلا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثانى الوكيل الأول (فيجيزه) أى فيجيز الوكيل الأول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رأيه (و كذا لو باع غير الوكيل) يعني و كذا يجوز لو باع الأجنبي (فبلغه) أى فبلغ خبر البيع الوكيل (فأجازه) أى أجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لأنه حضر رأيه) بإجازته (و لو (١) قدر الأول) أى الوكيل الأول (الثمن للثاني) أى للوكيل الثاني الذى وكله بغير إذن موكله بأن قال له بعه بكذا (فعقد) أى الثانى بذلك الثمن (بغيبته) أي بغيبة الأول (يجوز) أى العقد في رواية كتاب الرهن إختارها المصنفّ و في رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان و لا يمنع الزيادة فربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكائه و هدايته وجه رواية كتاب الرهن أن المقصود حصل بحضور رأيه (لأن الرأى يحتاج اليه فيه) أي في العقد (لتقدير الثمن ظاهراً و قد حصل) أي تقدير الثمن و إنما قال ظاهراً إحترازاً عن المسألة التي يذكرها الآن عقيب المسألة التي ذكرها و هي قوله (و هذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين و قدر الثمن) فإنه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار (لأنه لما فوض إليهما) أىّ لأن الموكل لما فوض الرأى إلى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة و اختيار المشتري) الذي لا يماطل في تسليم الثمن (على ما بيناه) إشارة إلى قوله في المسألة المتقدمة و البدل و إن كان مقدراً و لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة و اختيار المشترى (أما إذا لم يقدر) أى الموكل (الثمن و فوض إلى الأول) أى فوض الرأى إلى الوكيل الأول (كان غرضه) أى غرض الموكل الأول (رأيه) أى رأي الوكيل الأول (في معظم الأمر) أى أمر عقد البيع (و هو التقدير (٢) في الثمن) و هذا لأن

(١)و لو قدر الأول الخ و فى منية المفتى: و قيل إذا باع الثاني بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الأول و فى الأصح لا إلا بُحضرة الأول اه و لا مخالفة بين ما فى الهداية و ما صححه فى المنية لأن الأول فيما إذا قدر الوكيل الثمن لوكيله و الثانى فيما إذا قدر الموكل الأول لوكيله كما لا يخفى كذا فى البحر. (٢)و هو التقدير فى الثمن فنقول: إذا لم يقدر الموكل له الثمن و قدره الوكيل للوكيل الثانى فقد حصل غرض الموكل الأول فيصح عقده بغيبته =>

قال و إذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته و هي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لأن الرق و الكفر يقطعان الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره و كذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه و لأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معني النظر و الرق يزيل القدرة و الكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما و قال

المقصود من البياعات الإسترباح و ذلك إنما يكون بالبيع بتقدير ثمن كان يصلحه في تحصيل زيادة الربح و قد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع و رأيه انما يطلب لهذا (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته و هي صغيرة حرة مسلمة) فإن قلت كيف تكون المسلمة تحت الذمي قلت يجوز أن يطلقها ثم أسلمت و ماتت و بقي البنت (أو باع) أي أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أي للصغيرة المذكورة (لم يجز) أى لم يجز شئ من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف (معناه) أي معنى قول محمد رحمه الله تعالى أو باع أو اشترى لها في الجامع الصغير (التصرف في مالها) و انما احتاج إلى هذا التاويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين أحدهما أن يشترى لها شيئا من مال نفسه و الآخر أن يشترى لها بمالها و لما كان اللأول جائزا لا محالة كان المراد ههنا هو الثانى و قال فى تعليل المسألة (لأن الرق) في العبد و المكاتب (و الكفر) في الذمي (يقطعان الولاية) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره بالطريق الاولى و أما المكاتب فانه عبد ما بقى عليه درهم و أما الذمي فلقوله تعالى ﴿و لن (١) يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره و كذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه) أى شهادة الكافر على المسلم (و لأن هذه) أى هذه الولاية (ولاية نظرية) أى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء و الصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أي تفويض أمرهم (إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة و الشفقة و في بعض النسخ إلى العاقد المشفق مكان القادر (و الرق يزيل القدرة) قال الله تعالى ﴿عبداً (٢) مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ (و الكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما) أي إلى العبد و الكافر (و قالا) أي

=> و إن قدره له فباع الثانى بذلك الثمن فى غيبة الوكيل الأول لم يحصل غرض الموكل الأول و هو حصول رأى وكيله فى الزيادة و إختيار المشترى كذا فى المنحة على البحر. (١) و لن يجعل الله الآية النساء: ١٤١. (٢) عبدا مملوكا الآية النحل: ٧٥.

أبو يوسف و محمد رحمهما الله المرتد إذا قتل على ردته و الحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية و أما المرتد فتصرفه في ماله و إن كان نافذاً عندهما لكنه موقوف على ولده و مال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية و ذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الإنقطاع إذا قتل على الردة فيبطل و بالإسلام يجعل كأنه لم يزل (١) كان مسلماً فيصح

باب الوكالة بالخصومة و القبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافاً لزفرؒ

أبو يوسف و محمد رحمهما الله و في بعض النسخ صرح قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله (المرتد إذا قتل على ردته و الحربي كذلك) أي تصرفهما على المسلم لا يجوز و إنما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتد بالبيع و الشراء و نحوهما نافذة و إن قتل على ردته عندهما بناء على الملك و لكن تصرفاته على ولده و مال ولده موقوفة بالاجماع (لأن الحربي أبعد من الذمي) لأن الذمي من أهل دارنا (فأولى) أي الحربي اولى (بسلب الولاية) لأنها إذا لم تثبت للذمي فأولى ان لا تثبت للحربي و لهذا لا تجوز شهادة الحربي على الذمي (و أما المرتد فتصرفه في ماله و إن كان نافذاً عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله (لكنه موقوف على ولده و مال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية و ذلك) أى الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بأن استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة أى بسبب اتفاق الملة بين الأب و الولد (وهى) أى الملة (مترددة) فى حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لأن المرتد مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع) أي إنقطاع الولاية (إذا قتل على الردة فيبطل) أي تصرف المرتد (و بالاسلام) أى و بالعود إلى الاسلام (يجعل) أى المرتد (كأنه لم يزل مسلماً فيصح) أي تصرفه و الله أعلم.

(باب الوكالة بالخصومة و القبض)

أي هذا باب في بيان الوكالة بالخصومة و القبض و لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً لقوله تعالى ﴿و لا تنازعوا (٢) فتفشلوا﴾ استحق بابها التأخير عما ليس بمهجور (قال) أي القدوريؒ في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق القدوريؒ كلامه ليتناول الوكيل بالخصومة في العين و الدين (عندنا) أى عند علمائنا الثلاثةؒ (خلافاً لزفرؒ) فانه يقول لا يكون وكيلا بالقبض و به قال الشافعيؒ في الاظهر و مالك و أحمد رحمهما الله و في وجه عند الشافعيؒ انه يملك القبض كقولنا

---

(١) لم يزل كان مسلما. ن. لم يزل مسلما. (٢) و لا تنازعوا الآية الأنفال:٤٦.

هو يقول إنه رضي بخصومته و القبض غير الخصومة و لم يرض به ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه و تمام الخصومة و انتهاؤها بالقبض و الفتوى اليوم على قول زفرؒ لظهور الخيانة في الوكلاء و قد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال و نظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً إلا أن العرف بخلافه و هو قاض على الوضع

(هو) أى زفرؒ (يقول إنه) أى إن الموكل (رضى بخصومته و القبض غير الخصومة) لأن الخصومة لاظهار الحق و يختار فيها الح الناس و للقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة و هو معنى قوله (و لم يرض به) أى بالقبض (و لنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه و تمام الخصومة و انتهاؤها بالقبض) لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض (و الفتوى اليوم على قول زفرؒ لظهور الخيانة في الوكلاء و قد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) و به افتى الصدر الشهيدؒ (و نظيره) أى نظير هذا التوكيل (الوكيل (١) بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه) أى لأن التقاضي في معنى القبض (وضعاً) أى من حيث الوضع و اللغة يقال تقاضيته ديني و بديني واقتضيته ديني و استقضيته و اقتضيت منه حقي أى أخذته ذكره في الأساس و قال الأترازيؒ لأنه في معناه وضعاً أى لأن التقاضي في معنى القبض فيه نظر لأنه قال في المغرب تقاضيته ديني و بديني و استقضيته طلبت قضاءه و اقتضيت منه حقى اخذته قلت (٢) لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض (إلا ان العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع فان الناس لا يفهمون المعنى الموضوع من التقاضى بل يفهمون منه المطالبة (و هو قاض) أى العرف حاكم و راجح (على الوضع) لان وضع الالفاظ لحاجة الناس و هم لا يفهمون

(١) الوكيل بالتقاضى الخ قيد بالوكيل لأن الرسول بالتقاضى يملك القبض لأنه بمنزلة الرسول فى القبض و لا يملك الخصومة إجماعا كذا فى البحر معزيا إلى الصغرى. (٢) قلت لم أدر الخ أقول بل لا وجه لما قاله العلام العينىؒ لأن وجه النظر هو أن المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنفؒ و لا يدفعه قوله لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض إذ لا شك أن معنى قوله انه فى معناه وضعا أنهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة و لو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الأصلى فحينئذ لا يكون مخالفا لما ذكره المصنفؒ و ما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الأخذ و القبض بناء على أصل الوضع و يرشد إليه أنه فرق بين الاقتضاء و التقاضى ففسر الاقتضاء بالأخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه و إلا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما مر عن الاساس و صرح به الجوهرىؒ فى صحاحه حيث قال و اقتضى دينه و تقاضاه بمعنى فتدبر كذا فى نتائج الأفكار.

فالفتوى على أن لا يملك قال فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما و اجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال و الوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفةؒ حتي لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل

المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية فان (١) قلت الحقيقة مستعملة و المجاز متعارف و هي اولى منه عند أبي حنيفةؒ قلت ان ذلك وجه لأصل الرواية و ليس الكلام فيه و إنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو علي العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض و اليه أشار بقوله (فالفتوى على أن لا يملك) يعني ان الوكيل بتقاضى الدين يملك القبض بالاتفاق و لكن (٢) فتوى المشايخؒ على ان لا يملك لفساد الزمان (قال) أى محمدؒ في الجامع الصغير (فإن كانا) أى الرجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً) أى لا يقبضان الدين إلا مجتمعين (لأنه) أى لان الموكل (رضي بأمانتهما لا بأمانة احدهما و اجتماعهما ممكن) أى اجتماع الوكيلين على القبض ممكن فانهما يصيران قابضين بالتخلية (بخلاف الخصومة) فان اجتماعهما عليها غير ممكن (على ما مر) في اول الفصل المتقدم عند قوله و إذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر الا ان يوكلهما بالخصومة و قال الاكملؒ على ما مر انه يفضى الى الشغب في مجلس القضاء و هو مذهب لمهابته (قال) أى القدوريؒ (و الوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفةؒ) و به قال الشافعيؒ في قول و أحمدؒ في رواية (حتى لو أقيمت عليه) أي على الوكيل (البينة على (٣) استيفاء الموكل) أى استيفاء الموكل الدين من المديون (أو ابرائه) أى ابراء الموكل المديون من الدين (تقبل) أى البينة

---

(١) فان قلت الخ كذا فى العناية أقول لا السوال شئ و لا الجواب كذا فى النتائج. (٢) و لكن فتوى المشايخؒ الخ و فى الفتاوى الصغرى: التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان فى بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذى يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالقبض و إلا فلا ذكره عن الفضل اه كذا فى البحر و نقل فى المنح عن السراجية أن عليه الفتوى و فى القهستانى عن المضمرات و الآن يحكم عرف التجار و به يفتى كذا فى المنحة على البحر ص٢٠٣ ج٧. (٣) على استيفاء الموكل أو ابرائه قال الرمليؒ: قيد بهما لأنه لو ادعى دينا على الموكل و أراد مقاصته به لا يكون الوكيل خصما عنه و هي واقعة الفتوى و كذلك لو ادعى المشترى على وكيل البائع فى قبض ثمن المبيع عيبا و أراد رده عليه لا يكون خصما فيه و هى واقعة الفتوى أيضا تأمله تفهمه كذا فى المنحة على البحر.

عنده و قالا لا يكون خصماً و هو رواية الحسنؒ عن أبي حنيفةؒ لأن القبض غير الخصومة و ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاً بها و لأبي حنيفةؒ أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضي بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة و الرجوع في الهبة و الوكيل بالشراء و القسمة

(عنده) أي عند أبي حنيفةؒ (و قالا) أي قال (١) أبو يوسف و محمد رحمهما الله (لا يكون خصماً) أي لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (و هو) أى قولهما (رواية الحسنؒ عن أبي حنيفةؒ) و به قال الشافعيؒ فى الأصح و أحمدؒ في ظاهر الرواية (لأن القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة (وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاً بها) أي بالخصومة (و لأبي حنيفةؒ أنه) أى أن الموكل (وكله) أى وكل الوكيل بقبض الدين (بالتملك) أى بتملك المقبوض بمقابلة ما فى ذمة المديون قصاصا (لأن الديون تقضى بامثالها) لا بأعيانها (إذ قبض الدين نفسه) بالجر قال الأترازيؒ بدل من الدين قلت هو تأكيد (لا يتصور) لأنه وصف ثابت في الذمة (إلا أنه) استثناء من قوله لأن الديون تقضى بأمثالها يعنى أن الديون و ان كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها غير (٢) أن قبض المثل (جعل استيفاء لعين حقه) أى حق الدائن (من وجه) بدليل أن رب الدين يجبر على القبض فلو كان تملكا محضا ليس فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض و كذا إذا ظفر بجنس حقه حل له التناول (فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة) أي فأشبه الوكيل بقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة يعني أنه خصم فكذا هذا (و الرجوع في الهبة) بالجر عطف على قوله أخذ الشفعة أى فاشبه أيضا الوكيل بالرجوع فى الهبة يعني إذا وكل وكيلاً بالرجوع في الهبة كان خصماً حتى إذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البينة على أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته (و الشراء) بالجر أيضاً أى فاشبه أيضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد (و القسمة) بالجر أيضاً أى فاشبه أيضا الوكيل بالقسمة فان أحد الشريكين إذا وكل

---

(١)قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ قال فى الفصل الخامس من جامع الفصولين: و لو وكله بقبض دينه فبرهن على الايفاء إلى موكه يقبل عند أبى حنيفةؒ بخلاف العين و يوقف عندهما فى الكل العين و الدين و الحق أن قولهما أقوى و هو رواية عنه كذا فى (عده) وغيره اهـ ملخصا و مثله فى نور العين لكن فى تصحيح العلامة قاسمؒ و على قول الامامؒ المحبوبى فى أصح الاقاويل و الاختيارات و النسفىؒ و الموصلى و صدر الشريعة رحمهم الله تعالى كذا فى المنحة على البحر. (٢)غير إن قبض المثل جعل الخ قال الرملىؒ: إنما كان كذلك لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها كبدل السلم و الصرف كذا فى المنحة على البحر.

و الرد بالعيب و هذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك و الوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء و هذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً و هو أصيل فيها فيكون خصماً فيها قال و الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لأنه أمين محض و القبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يديه البينة على أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب و هذا استحسان و القياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الإستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده و إن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على

رجلا بأن يقاسم مع شريكه و أقام الشريك عليه البينة بأن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته (و الرد بالعيب) بالجر أيضاً أى فاشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل (و هذه) أى مسألة الوكيل بقبض الدين و في بعض النسخ و هذا أى الوكيل بقبض الدين (أشبه بأخذ الشفعة) أى أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر (حتى يكون) أي الوكيل بقبض الدين (خصما قبل القبض) أى قبض الدين (كما يكون) أى الوكيل (خصما قبل الأخذ) أى أخذ العقار (هنالك) أي في أخذ الشفعة (و الوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء و هذا) إشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفةؒ (لأن المبادلة تقتضي حقوقاً) من التسليم و التسلم و الرد بالعيب (و هو) أي الوكيل بالتملك (أصيل فيها) أي في الحقوق (فيكون خصماً فيها) أي في الحقوق (قال) أي محمدؒ فى الجامع الصغير (و الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) باتفاق أصحابنا و للشافعي و احمد رحمهما الله تعالى فيه قولان (لأنه) اى لأن الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لا مبادلة ههنا لأنه يقبض عين حق الموكل (و القبض) أى قبض العين أمين محض (ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له) أى للموكل (فأقام الذي هو في يديه البينة أن الموكل باعه) أى باع العبد (إياه) أى ذا اليد (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) أي الآمر (و هذا) أى وقوف الأمر (استحسان و القياس أن يدفع) أي العبد (إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم) لأن الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم (فلم تعتبر) أى بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض (وجه الاستحسان أنه) أي أن الوكيل بقبض الوديعة (خصم في قصر يده) أي فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الوكيل في القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل (و إن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على

البيع فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هنا (١) قال و كذلك العتاق و الطلاق وغير ذلك معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق و العبد و الأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق و الطلاق قال و إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه

البيع) يعنى لو حضر الموكل لا بد لذى اليد من إعادة إقامة البينة على البيع فى محضر الموكل و لا يكتفى بالبينة السابقة فى إثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) أى حكم هذا (كما إذا أقام) أى ذو اليد (البينة على أن الموكل عزله) أى عزل الوكيل (عن ذلك) أى عن التوكيل بقبض العين (فإنها) أي فان البينة (تقبل في قصر يده) أي في حق قصر يد الوكيل (كذا هنا) أى كذا فى ما نحن فيه (قال) أي محمدؒ (و كذلك العتاق و الطلاق) أي و كالمذكور حكم العتاق و الطلاق (و غير ذلك) كالارتهان فانه إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل و أقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل قال المصنفؒ (معناه) أى معني قول محمدؒ و كذلك العتاق و الطلاق (إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق) يعنى أن زوجها طلقها (و العبد و الأمة) أي إذا أقام العبد و الأمة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) (٢) أى بنقل المرأة و العبد و الأمة (تقبل) أى البينة (في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً) فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة على العتاق و الطلاق لأن هذه البينة اشتملت على معنيين إثبات العتق و الطلاق و إبطال حق الوكيل فتقبل بينته على الحاضر دون الغائب و يؤخذ من العبد كفيل نظراً للغائب (دون العتق و الطلاق) أى لا تقبل البينة في حق ثبوت العتق و الطلاق لأن الوكيل ليس بخصم فيهما و لكنه خصم في قصر يده و ليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتاق و الطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره (قال) أى القدوريؒ (و إذا أقر (٣) الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه) أطلق الإقرار و الموكل ليتناول إسم الموكل للمدعي و

(١) هنا. ن. هذا. (٢) بنقلهم متعلق بالاقامة أى و إذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم إلى الموكل يعنى إذا اراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها الموكل نقلها إليه و أراد الوكيل بقبض العبد و الأمة نقلهما إلى مولاهما الموكل قبضهما و نقلهما إليه فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها و أقام العبد و الأمة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاهما أعتقهما فانها تقبل الخ كذا فى النتائج. (٣) إذا أقر الخ أطلقه و هو مقيد بغير الحد و القود فلا يصح إقرار الوكيل على موكله بهما للشبهة و قيد بالخصومة لأن الوكيل بغيرها لا يصح إقراره مطلقا و منه الوكيل بالصلح كما فى كافى الحاكم كالوكيل بالخصومة لا يملك الصلح و الصلح عقد من العقود فالوكيل بعقد لا يباشر عقدا آخر كذا فى البحر.

و لا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة و قال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه و إن أقر في غير مجلس القضاء و قال زفر و الشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين و هو قول أبي يوسف أولاً و هو القياس لأنه مأمور بالخصومة و هي منازعة و الإقرار يضاده لأنه مسالمة و الأمر بالشيء لا يتناول ضده و لهذا لا يملك الصلح و الإبراء و يصح إذا استثنى الإقرار و كذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك

المدعى عليه لأن جواز الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعياً أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل المال و إقرار وكيل المدعي عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله (و لا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفةؒ و محمدؒ استحساناً إلا انه يخرج من الوكالة) فلا يدفع اليه المال لزعمه بإنتفاء حقه في الأخذ (و قال أبو يوسفؒ يجوز إقراره عليه و إن أقر في غير مجلس القضاء و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز في الوجهين) أى في مجلس القاضي وغيره و به قال (١) مالك و احمد و ابن أبي ليلى رحمهم الله (و هو) أى قول زفرؒ (قول أبي يوسفؒ أولاً و هو) أى قول زفرؒ هو (القياس لأنه) أى لأن الوكيل (مأمور بالخصومة و هي) أى الخصومة (منازعة) لأنها اسم لكلام يجرى بين اثنين على سبيل المنازعة و المشاجرة (و الإقرار يضاده) أى يضاد ما أمر به من الخصومة (لأنه) أى لأن الإقرار (مسالمة) لأن الاقرار اسم لكلام يجرى بين اثنين على سبيل المسالمة و الموافقة فكان ضد ما أمر به (و الأمر بالشيء لا يتناول ضده و لهذا) أى و لأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده (لا يملك) أى الوكيل بالخصومة (الصلح) لوجود المضادة لأن الصلح حط البعض و الوكيل مأمور باستيفاء الكل (و الإبراء) لأنه اسقاط و هو مأمور بالاستيفاء (و يصح) هذا جواب سؤال يرد على قولهم بأن التوكيل بالخصومة إذا لم يتناول الإقرار كيف يصح استثناؤه فقال و يصح أى التوكيل بالخصومة (إذا استثنى الإقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لأن الخصومة شيء واحد و الاستثناء من شئ واحد لا يجوز لأنه يلزم استثناء الكل من الكل (و كذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك) قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه

---

(١)و به قال مالكؒ الخ كذا في المغني ص٢١٨ ج٥.

و لهذا يختار فيه (١) الأهدى فالأهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً و صحته بتناوله ما يملكه قطعاً و ذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً و طريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً و لو استثنى الإقرار فعن أبي يوسفؒ أنه لا يصح

الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو ايضاً على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة إذ العادة جرت في التوكيل بذلك (و لهذا) اى و لأجل هذا (يختار فيه) اى في التوكيل بالخصومة (الأهدى فالأهدى) اى من كان اكثر هداية في طريق الخصومة و في الاقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية (وجه الاستحسان ان التوكيل) المذكور (صحيح قطعاً) اى ثابت من كل وجه بلا شبهة بالاجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً) أى صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل من حيث القطع لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه و هو غير صحيح (و ذلك) أى ما يملكه الموكل (مطلق الجواب) و مطلق الجواب يتناول الانكار و الاقرار جميعاً فكما ان انكار الوكيل يصح من حيث انه جواب فكذا يصح الاقرار من حيث انه جواب (دون احدهما عيناً) يعني لا يملك احدهما و هو الاقرار أو الانكار معيناً لانه ربما يكون الجواب بأحدهما معيناً حراماً لأنه لو كان خصمه محقاً لا يملك الانكار شرعاً و لو كان مبطلا يكون حقه في الانكار لا غير فلا يملك المعين منهما قطعاً فلا يجوز التوكيل به قطعاً فيصح من وجه دون وجه فحملناه على المجاز و هو الجواب مطلقاً تحرياً لصحته قطعاً (و طريق المجاز موجود) أي بين الخصومة و مطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب و إطلاق السبب و ارادة المسبب طريق من طرق المجاز (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) إشارة إلى ما ذكره عند قوله هما يقولان إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة (فيصرف اليه) أي فيصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب (تحرياً للصحة قطعاً) أي للتحري لصحة كلام الموكل من حيث القطع لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء (و لو (٢) استثنى الإقرار فعن أبي يوسفؒ أنه لا يصح) هذا جواب

(١) فيه. ن. فيها. (٢) و لو استثنى الاقرار الخ و فى النهاية: يصح استثناء الاقرار فى ظاهر الرواية و فى البزازية: و لو وكله بالخصومة غير جائز الاقرار صح و لم يصح الاقرار فى الظاهر لو موصولا و فى الأقضية و مفصولا أيضا و لو وكله غير جائز الانكار يصح عند محمدؒ و لو غيرجائز الاقرار و الانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته و قيل يصح لبقاء السكوت اه و فى الذخيرة: أن المسألة على خمسة أوجه: الأول أن يوكله بالخصومة فيصير وكيلا بالاقرار و الانكار. الثانى أن يستثنى الاقرار فيكون وكيلا بالانكار فقط. الثالث عكسه فيصير وكيلا بالاقرار فقط فى ظاهر الرواية لأن الموكل ربما يضره الانكار بأن كان المدعى به أمانة و لو جحدها الوكيل =>

لأنه لا يملكه و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه و عند الإطلاق يحمل على الأولى و عنه أنه فصل بين الطالب و المطلوب و لم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه و يخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى إن الوكيل

عن مستشهد زفرّ و وجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى (لأنه لا يملكه) أي لأن الموكل لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الانكار عيناً و قد لا يحل له ذلك كما مر (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يصح) أي أن استثناء الاقرار يصح (لأن للتنصيص) أي لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه إياه) أي على تملك الموكل الانكار فيملك التوكيل به (و عند الإطلاق) أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الإقرار (يحمل على الأولى) أي يحمل كلامه على ما هو الأولى بحال المسلم و هو مطلق الجواب (و عنه) أي عن محمد رحمه الله تعالى (أنه فصل بين الطالب و المطلوب) أى فصل بين المدعي و المدعى عليه فى استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه فى الأول و هو الطالب (و لم يصححه في الثاني) و هو المطلوب (لكونه مجبوراً عليه) أي لكون المطلوب مجبوراً على ترك الانكار (و يخير الطالب فيه) أي فى أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها وفي التتمة عن محمد رحمه الله تعالى أنه يصح استثناء الاقرار من الطالب لأنه مخير و لا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه يعنى ان الوكيل إذا كان من جانب المدعي صح استثناء الاقرار لأن المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار و الانكار أدى الاستثناء فائدته فى حقه و أما إذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لأنه لا يفيد ذلك لأن المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه أو يضطر المدعى عليه إلى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله إلا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لأن النيابة لا تجرى فى الأيمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدته (فبعد ذلك) هذا شروع في بيان المحاجة مع أبي يوسف رحمه الله تعالى بعد فراغ المحاجة مع زفرّ أى بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب (يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى) فى التسوية بين مجلس القضاء وغيره (إن الوكيل

=> لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة. الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الاقرار فيكون وكيلا بهما. الخامس أن يوكله بها غير جائز الاقرار و الانكار ففيه اختلاف المتأخرين اه و فى الخلاصة: و لو كان التوكيل بسؤال الخصم و استثنى الاقرار موصولاً صح و مفصولاً لا يصح كذا فى البحر.

قائم مقام الموكل و إقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه و هما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً و الإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق و هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه

قائم مقام الموكل و إقراره لا يختص بمجلس القضاء) لأن الاقرار موجب بنفسه و إنما يختص بمجلس القضاء ما لايكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة و النكول (فكذا إقرار نائبه) لا يختص بمجلس القضاء (و هما) أي أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (يقولان) فى الفرق بين مجلس القضاء وغيره (إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة) كالإنكار (أو مجازاً) كالإقرار بمجلس القضاء تقريره أن توكيله ينصرف إلى مطلق الجواب و مطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة و هى الخصومة و المجاز و هو الإقرار و الإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لاحقيقة و هو ظاهر و لا مجازاً إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب و لا جواب في غير مجلس القضاء فالإقرار خصومة مجازاً في غيره (و الإقرار في مجلس القضضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لأنه لا يصلح أن يكون مجوزا شرعياً (أو لأنه) أي أو لأن الخصومة على تأويل التخاصم و في بعض النسخ أو لأنها (سبب له) أي للإقرار و المجوز السببية و هو مجوز شرعي لأن الجواب تارة يكون بلا و تارة يكون بنعم فكانت الخصومة سبباً للاقرار بالواسطة و إطلاق اسم السبب على المسبب مجاز (لأن الظاهر إتيانه) أى إتيان الخصم (بالمستحق عند طلب المستحق) فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى اليه ظاهراً (و هو) أي المستحق (الجواب في مجلس القضاء فيختص به) أي يختص جواب الخصومة بمجلس القضاء و قال الأكملّ و لو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود (لكن إذا أقيمت البينة) هذا استدراك من قوله فيختص به و فيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الاقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب أن لا يكون معتبراً و لا يخرج به عن الوكالة و لكن إذا أقيمت البينة (على إقراره) أى اقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر) أى الخصم (بدفع المال إليه) لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق

لأنه صار مناقضاً و صار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح و لا يدفع المال إليه قال و من كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً لأن الوكيل من يعمل لغيره و لو صححناها صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن و لأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه

الجواب لأنه لا يملك الانكار (لأنه صار مناقضا) في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار و ما وكله بجواب مقيد و إنما وكله بالجواب مطلقاً قاله في الكافي (و صار) أي الوكيل المقر في غير مجلس القضاء (كالأب (١) أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح و لا يدفع المال اليه) أي إلى الأب أو الوصي بيانه أن الأب أو الوصي إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه فصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعي ذلك المال لا يدفع المال اليهما لأنهما خرجا من الولاية و الوصاية في حق هذا المال باقرارهما على الصبى فكذلك ههنا لما خرج الوكيل من الوكالة بالإقرار في غير مجلس القضاء لا يدفع المال اليه (قال) أي محمدٌ في الجامع الصغير (و من كفل (٢) بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) أى بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك) أى لم يكن (٣) الكفيل وكيلا فى قبض المال عن الغريم (أبداً) أي قبل براءة الكفيل و بعدها (لأن (٤) الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها) أى الوكالة (صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته) لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل و بقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فانعدم الركن) أى ركن الوكالة و هو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه (و لأن قبول قوله) دليل آخر أى قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) يعني الوكالة تستلزم قبول قوله (لكونه

---

(١) كالأب أو الوصى إذا أقر على اليتيم أنه استوفى حقه فى مجلس القضاء لا يصح إقرارهما عليه و لكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما ببطلان حق الأخذ و إنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية و لا نظر فى الاقرار على الصغير فاما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار و الانكار جميعا غير أن الاقرار صحته تختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا كذا فى الكفاية. (٢) من كفل بمال الخ قيد بكفالة المال لصحة توكيل الكفيل بالنفس و قيده الزيلعيّ بأن يوكله بالخصومة و ليس بقيد إذ لو وكله بالقبض من المديون صح كذا فى البحر. (٣) لم يكن الكفيل الخ فلو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة إبتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز كذا فى البحر. (٤)لأن الوكيل الخ و أورد توكيل المديون بابراء نفسه فانه صحيح مع كونه عاملا لنفسه و التحقيق فى جوابه ما فى منية المفتى من قوله: و لو وكله بابراء نفسه يصح لأنه و إن كان عاملا لنفسه بتفريغ ذمته فهو عامل لرب الدين باسقاط دينه و شرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه اه كذا فى البحر.

أميناً و لو صححنا ها لا يقبل لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم بانعدام لازمه و هو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء و يطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه قال و من ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه (١) خالص ماله

أميناً و لو صححناها) أى الوكالة (لايقبل) لما يلزم من انتفاء اللازم وهو قبول قوله (لكونه مبرئا لنفسه فينعدم) أى التوكيل الذى هو الملزوم (بانعدام لازمه) أى لازم التوكيل و هو قبول قول الوكيل لأن الملزوم ينتفي بانتفاء اللازم (و هو نظير عبد مأذون مديون) أى بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مأذون مديون و في بعض النسخ و نظيره عبد مأذون مديون (أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) أى ضمن المولى قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً (للغرماء و يطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب) أى وكل المولى الطالب و هو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أى كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره و ههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة كان فى مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا و في شرح الطحاوى المولى إذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لأن ملكه باق فيه و الغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا العبد بالدين و ان شاءوا اتبعوا المولى بالأقل من قيمته و من الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن بخلاف الجناية فإن العبد إذا جنى فأعتقه المولى ان كان عالماً بالجناية صار مختاراً للفداء و إن كان غير عالم لم يلزمه شيء إلا قدر القيمة لا غير و في باب الدين يلزمه القيمة و إن كان عالماً بخلاف الغاصب و غاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه عن الآخر (قال) أى القدوري (و من ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر) أى الغريم (بتسليم الدين اليه) أى إلى مدعى الوكالة و في بعض النسخ سلم اليه أى الدين و به قال المزني و قال الشافعي و احمد رحمهما الله لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين و لا في الوديعة إلا أن يقيم الوكيل بينته على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين و الوديعة و عندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق (لأنه) أى لأن تصديق الغريم إياه (إقرار على نفسه) بحق و هو استحقاق القبض و ليس فيه إبطال حق الغائب بل هو إقرار حق على نفسه (لأن ما يقضيه خالص ماله) أى خالص مال المديون لان الديون تقضى بأمثالها فما اداه المديون مثل مال رب المال لا عينه فكان تصديقه إقراراً على نفسه و من أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه

---

(١) يقضيه. ن. يقبضه.

فإن حضر الغائب فصدقه و إلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الإستيفاء حيث أنكر الوكالة و القول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء و يرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه من الدفع براء ة ذمته و لم تحصل فله أن ينقض قبضه و إن كان ضا ع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض و هو مظلوم في هذا الأخذ و المظلوم لا يظلم غيره

الى المقر له (فإن حضر الغائب) أى رب الدين (فصدقه) أى صدق الوكيل فبها (و إلا) أى و إن لم يصدقه (دفع إليه) أى إلى رب الدين (الغريم الدين ثانياً لانه لم يثبت الاستيفاء) أى استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكر الوكالة و القول في ذلك قوله) أى القول في إنكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) و عند الشافعي رحمه الله تعالى في وجه له الرجوع على القابض و بقولنا قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله في الاصح (فيفسد الاداء) إلى مدعى الوكالة (و يرجع به) أى يرجع المديون بما دفعه أولاً (على الوكيل) أى على مدعى الوكالة (إن كان (١) باقياً في يده) أى ان كان ما دفعه إلي الوكيل باقيا في يده (لأن غرضه) أى غرض المديون (من الدفع براء ة ذمته) من الدين (و لم تحصل) أى براء ة الذمة (فله أن ينقض قبضه) أى فللمديون أن ينقض قبض الوكيل (و ان كان ضا ع في يده) أى و إن كان ضا ع المال في يد الوكيل (لم يرجع عليه) أى لم يرجع المديون على الوكيل (لأنه) أى لأن المديون (بتصديقه) أي بتصديق الوكيل (إعترف أنه) أي الوكيل (محق في القبض و هو) أي المديون (مظلوم في هذا الأخذ) أي أخذ رب الدين ثانيا (و المظلوم لا يظلم غيره) فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لأن الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه و بعدما هلك المدفوع الأخذ منه ظلم (٢) و في الذخيرة و المبسوط المسألة على أوجه إما أن يصدق الغريم وكالته أو لا فإن صدقه و لم يدفع المال أجبر على الأداء خلافاً لابن أبي ليلى و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى و إن أنكر وكالته و أراد الوكيل استحلافه بعد وكالته استحلف فإن حلف برئ و إن نكل قضى عليه بالمال للوكيل و ذكر الخصافؒ لا يحلف المطلوب على الوكالة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يحلف على العلم ولو أقر الغريم بالوكالة و

---

(١)إن كان باقيا فى يده و لو حكما بأن استهلكه فانه يضمن مثله كما في الدر. (٢)ظلم و أورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون فى دعواه الايفاء للميت و كذبه الآخر و رجع المكذب عليه بالنصف فان للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه فى زعمه أن المكذب ظالم و أجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين كذا فى البحر.

قال إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما و هذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان و لو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة و دفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه فى الوكالة و إنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه و كذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة و هذا أظهر

أنكر الدين فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يستحلف المطلوب و عندهما لا يستحلف (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى فى البداية (إلا أن يكون ضمنه (١)) يجوز فيه التخفيف و التشديد (عند الدفع) هذا استثناء من قوله و إن كان ضاع في يده لم يرجع عليه إلا أن يضمن المطلوب الوكيل عند دفع المال اليه بأن يقول أصدقك في الوكالة و لكن لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانياً فيضمن صح (لأن المأخوذ) منه (ثانياً مضمون عليه) أي على رب الدين (في زعمهما) أي في زعم الوكيل و الغريم (و هذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض) أي قبض رب الدين ثانياً فإذا كان كذلك (فتصح) هذه الكفالة لاضافتها إلى سبب الوجوب و هو قبض رب الدين فصارت (بمنزلة الكفالة بما ذاب) أي بما ثبت و وجب (له على فلان) معناه بما يذوب لفلان على فلان و هذا ماض أريد به المستقبل و قد مر تقريره في الكفالة (و لو كان الغريم لم يصدقه) أى الوكيل (على الوكالة) و لم يكذبه أيضاً بل سكت (و دفعه اليه) أى دفع المال إلى الوكيل (على ادعائه) أى بناء على مجرد دعوى الوكيل (فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه) أى لأن الغريم لم يصدق الوكيل (في الوكالة و إنما دفعه اليه على رجاء الاجازة) أى على رجاء أن يجيزه صاحب المال (فإذا انقطع رجاؤه) أى رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) أى رجع الغريم ايضا على الوكيل (و كذا إذا دفعه اليه) أى و كذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل (على تكذيبه) أى تكذيب الغريم (إياه) أى الوكيل (فى الوكالة) أى فى دعوى الوكالة (و هذا أظهر) أي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب أظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الأوليين و هما صورة التصديق

---

(١) ضمنه قالوا: و يجوز فى ضمنه التشديد و التخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل فالضمير المستتر عائد الى الغريم و البارز إلى الوكيل و معنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه (أى الذى أخذه الدائن من الغريم لا الذى أخذه الوكيل) فالضمير المستتر عائد إلى الوكيل و البارز إلى المال و ما فى النهاية من أنه عكس ما فى التشديد سهو إذ يقتضى أن المستتر للوكيل و البارز للغريم و ليس بصحيح كذا فى البحر ملخصا.

لما قلنا و في الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الإسترداد لإحتمال الإجازة و لأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه و من قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه إقرار بمال الغير بخلاف الدين

مع التضمين و صورة السكوت لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب و للمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب (لما قلنا) إشارة إلى قوله دفعه اليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه (و في الوجوه كلها) أى الوجوه الأربعة المذكورة و هي الدفع مع التصديق من غير تضمين و الدفع بالتصديق مع التضمين و الدفع بلا تصديق و لا تكذيب و الدفع مع التكذيب (ليس له) أي للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً) أى في حالة التصادق أو حال ظهور العدالة في الوكيل لأن الوكيل إذا كان عدلاً كان صادقاً ظاهراً (أو محتملا) أى فى حالة (١) التكاذب أو حال كون الوكيل فاسقاً أو مستور الحال (فصار) أى حكم هذا (كما إذا دفعه) أي الدين الذي عليه (إلى فضولي) الذى لا له تعلق في الوسط (رجاء الاجازة) من رب الدين (لم يملك الاسترداد لإحتمال الاجازة و لأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه) لأن سعى الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود (و من قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه (٢) المودع لم يؤمر بالتسليم إليه) هذا لفظ القدورىّ فى مختصره و علله المصنفّ بقوله (لأنه) أى لأن تصديقه (إقرار بمال الغير) و هو لا يملك ذلك (بخلاف الدين) أى بخلاف ما إذا صدق الوكيل لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله بقبض الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم إلى الوكيل لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله إذ الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة و القبض ثم إذا أخذ الوكيل الوديعة فجاء الغائب فصدقه في الوكالة برئا جميعاً و إن انكر الوكالة و حلف على ذلك فله ان يضمن المودع فإذا ضمنه فإن كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع بها المودع على الوكيل فان ضاعت في يده فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه و الثاني أن يدفع بالتصديق و شرط الضمان فله الرجوع و الثالث أن يدفع مع التكذيب فإذا ضمنه الغائب فله

---

(١)فى حالة التكاذب أقول و فى حالة السكوت. (٢)فصدقه الخ فاذا لم يصدقه لا يؤمر بالأولى كذا فى البحر.

و من ادعى أنه مات أبوه و ترك الوديعة ميراثاً له و لا وارث له غيره و صدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث و لو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حياً كان إقراراً بملك الغير

الرجوع على الوكيل و الرابع أن يدفع بلا تصديق و لا تكذيب فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع أيضاً (فان ادعى) ذكر هذا تفريعا على مسألة القدوری أی فلو ادعى من قال إني وكيل (أنه) أی أن فلاناً (مات أبوه و ترك الوديعة ميراثاً (١) له) أی لإبن الميت (و لا وارث له غيره و صدقه (٢) المودع أمر بالدفع (٣) اليه) أی إلى الذی قال انه مات أبوه (لأنه لا يبقى ماله بعد موته) قال صاحب النهاية ماله بالنصب و قال هكذا كان معرباً بإعراب شيخي على تأويل الحال كما في كلمته فاه إلى في أی مشافها و قال الاترازی رحمه الله تعالى لا يبقى ماله بالنصب ثم قال مثل ما قال صاحب النهاية رحمه الله تعالى قال الاكمل رحمه الله تعالى اری أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة أی كلمته في حال المشافهة و الظاهر في إعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى أی لأن المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث و الصواب الرفع على ما قاله الاكمل رحمه الله تعالى و قد فاته شيء آخر و هو أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات و المال ليس منها إلا أنه يجوز بالتأويل و لو قال صاحب النهاية رحمه الله تعالى و من تبعه في أنه نصب على الحال أنه حال على تأويل متمولا أی لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان اوجه (فقد اتفقا) أی الذی ادعى الوكالة و المودع (على انه) أی أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع اليه (و لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع) فيما قاله (لم يؤمر بالدفع اليه لانه) أی لان المودع بكسر الدال (ما دام حياً كان إقراراً بملك الغير) أی كان اقرار المودع لمدعي الشراء

---

(١)ميراثا له و لو قال ميراثا أو وصية له لكان أولى لأن الموصى له منزل منزلة الوارث عند عدمه و لا بد من التلوم فيهما لاحتمال أن يكون له وارث آخر و قيد بدعوى الارث مشيرا إلى الوصية للاحتراز عن دعوى الايصاء إليه فانه إذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عينا في يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو أقر أنه وكيله في حياته بقبضها و ان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد رحمه الله تعالى الأول يصدق و يؤمر بالدفع إليه و على قوله الأخير و هو قول أبي يوسف لا يصدق و لا يؤمر بالتسليم إليه و قد علم من ذلك أن مودع الميت و مديونه ليس لهما الدفع إلى مدعي الايصاء و لو صدقاه إلا ببينة و لا يبرآن بالدفع قبل ثبوت أنه وصى كذا في البحر. (٢)صدقه قيد بالتصديق لأنه لو أنكر موته أو قال لا أدری لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة كذا في البحر. (٣)بالدفع إليه أطلق في دفع الوديعة إلى الوارث و هو مقيد بما إذا لم يكن على الميت دين مستغرق كذا في البحر.

لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فإن وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال اليه لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق و الإستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال و يتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه و لا يستحلف الوكيل لأنه نائبه قال و من وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله و في الثانية غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة و إن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

اقرارا بملك الغير و هو صاحب الوديعة (لأنه) أى الحى (من أهله) أى من أهل الملك (فلا يصدقان) أى مدعى الشراء و المودع المصدق إياه (في دعوى البيع عليه) أى على صاحب الوديعة (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان وكل وكيلا بقبض ماله) أى إن وكل رجل وكيلا بقبض مال له على غريمه (فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه) أى فان الغريم (يدفع إليه) أى إلى الوكيل (المال لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق و الاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أى دعوى الغريم (فلا يؤخر الحق) أى حق القبض الى تحليف رب الدين (قال و يتبع) أى الغريم (رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه) أى لجانب الغريم و هو المديون (و لا يستحلف الوكيل لأنه نائبه) و النيابة لا تجرى فى الأيمان (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من وكله (١) بعيب) أى بسبب عيب (في جارية فادعى البائع رضى المشترى) يعنى بالعيب (لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع (حتى (٢) يحلف المشترى بخلاف مسألة الدين) التي مضت حيث (٣) يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل (لأن التدارك ممكن هنالك) أي في مسألة الدين (باسترداد (٤) ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله) أي عند نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين (و في الثانية) أي و في المسألة الثانية (غير ممكن) أى التدارك غير ممكن (لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة و إن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

---

(١) وكله بعيب أى برد جارية بسبب عيب. (٢) حتى يحلف الخ يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشترى و يحلف على أنه لم يرض بالعيب كذا فى النتائج. (٣) حيث يؤمر الخ و فى النتائج: حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل أقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا إذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل فى الفرق بين المسألتين فان الوكيل لا يحلف فى شئ منها أصلا. (٤) باسترداد الخ إذ القضاء لم ينفذ باطنا لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا فى الكفاية.

كما هو مذهبه و لا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد و أما عندهما قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين و لا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء و قيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر للنظر

كما هو مذهبه) لأن قضاء القاضي في العقود و الفسوخ ينفذ ظاهرا و باطنا عنده و المراد بالنفاذ ظاهراً أن يثبت فيما بيننا و من نفاذه باطناً أن يثبت فيما بينه و بين الله تعالى (و لا يستحلف المشتري بعد (١) ذلك) أي بعد نكول الموكل (عنده) أي عند أبي حيفة رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن الاستحلاف (لا يفيد) يعني متى نفذ قضاء القاضي بالفسخ ظاهراً و باطناً لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضا لأنه لا فائدة إن نكل فيظهر أنه كان راضياً بالعيب و أن حق الفسخ لم يكن ثابتاً للمشتري و أن القاضي أخطأ في قضائه بالفسخ و لكن عند ظهور الخطا في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده (فأما عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (قالوا) أى المشايخ (يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين) يعني في فصل الدين و فصل الرد بالعيب (و لا يؤخر) أي و لا يؤخر القضاء بالرد (لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء) لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطناً فإذا ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر إلى التحليف (و قيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن يؤخر) أي الرد (في الفصلين) أي فصل الدين و فصل الرد بالعيب (لأنه) أي لأن أبا يوسف رحمه الله تعالى (يعتبر النظر) أى النظر (٢) للبائع (حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع) قوله يستحلف بالرفع لأن حتى إبتدائية يعني يستحلف المشتري نظراً للبائع لأن من مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشترى حاضراً و أراد الرد ما لم يستحلفه القاضي بالله ما رضيت بهذا العيب و إن لم يدع البائع فإذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه أيضا ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان و نظراً للبائع و المديون فصار عنه روايتان في رواية مثل قول محمد رحمه الله و في رواية يؤخر فيهما (فينتظر للنظر) إذا

---

(١) بعد ذلك أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك أى بعد نكول الموكل و تبعه الشارح العيني أقول هذا تفسير فاسد إذ يصير معنى المقام حينئذ و لا يستحلف المشترى عنده بعد نكول المشترى و هذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن كذا في النتائج.

(٢) أى النظر للبائع أقول و الأولى أن يقال أى النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كذا في النتائج.

قال و من دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء و الحكم فيه ما ذكرناه و قد قررناه فهذا كذلك و قيل هذا استحسان و في القياس ليس له ذلك و يصير متبرعاً و قيل القياس و الإستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء و أما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه و الله أعلم

كان المشتري غائباً (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من (١) دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله (٢) فأنفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه (فالعشرة بالعشرة) أي العشرة التي أنفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل (لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء و الحكم فيه) أى في الوكيل بالشراء (ما ذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (و قد قررناه) أي في باب الوكالة بالبيع و الشراء عند قوله و إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله و قبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية (فهذا) أي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق (كذلك) لأن الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم و لم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدى ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال (و قيل هذا استحسان و في القياس ليس له ذلك و يصير متبرعاً) فيما انفق من ماله و يرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه و إن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة فإذا انفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيكون متبرعاً (و قيل القياس و الإستحسان في قضاء الدين) هو أن يدفع المديون إلى رجل الفاً و يوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء منه فانه في القياس متبرع حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف دفعت اليه لا يكون له ذلك و في الاستحسان (٣) له ذلك و ليس بمتبرع و قوله (لأنه ليس بشراء) هو دليل القياس لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعاً لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً (و أما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه و الله أعلم) أى القياس و الاستحسان لا يدخلان فى الانفاق

---

(١)و من دفع الخ الوكيل بالانفاق ليس احترازيا لأن الوكيل بقضاء الدين و الشراء و التصدق كذلك كما فى البحر. (٢)على أهله الأهل ليس بقيد احترازى لأنه لا فرق بين الوكيل بالانفاق فى البيت و الوكيل بالانفاق فى البناء كما فى الخلاصة. (٣)و في الاستحسان الخ وجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد بقوله لأن المامور بقضاء الدين مامور بشراء ما فى ذمة الآمر بالدراهم و الوكيل بالشراء إذا اشترى و نقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه كذا فى النتائج و السعدية.

باب عزل الوكيل

قال و للموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن

فلا يكون الوكيل مبترعا بالانفاق من مال نفسه قياساً و استحساناً و قال الكاكي رحمه الله تعالى و أما مسألة الانفاق فرضى الآمر بثبوت الدين في ذمته للوكيل بأنه أمره بالانفاق و الامر بالانفاق أمر بشراء الطام و الشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المدفوعة إليه بل يتعلق بمثلها في الذمة ثم يثبت به حق الرجوع على الآمر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً.

(باب عزل الوكيل)

أي هذا باب في بيان حكم عزل الوكيل و أخر باب العزل لأنه بعد الإثبات (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و للموكل أن يعزل الوكيل عن (١) الوكالة لأن الوكالة حقه) أى حق الموكل (فله أن يبطله) أى فللموكل أن يبطل حقه (إلا إذا تعلق به) أى بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير و ذلك (بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب) أي بالتماس من جهة المدعي (لما فيه) أى فى العزل (من ابطال حق الغير) و هو أن يحضره مجلس الحكم و يخاصمه و يثبت حقه عليه و ابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطلب لأنه لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا و قيد بكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب أى المدعى عليه و وكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا أو غائبا ثم إن عدم صحة العزل إذا كان بطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب و أما إذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضي به الطالب او لا و قال مالك رحمه الله تعالى إذا ثبت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله في الغيبة و الحضور و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير أم لا لأن الوكالة عقد جائز غير لازم (وصار) أي التوكيل من جهة المطلوب إذا كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن) بأن وضع الرهن على يدي عدل و شرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح و إن

(١)عن الوكالة أطلق فى الوكالة فشمل المنجزة و المعلقة فيملك عزله عن المعلقة قبل وجود الشرط و عليه الفتوى و فى الصغرى و به يفتى كذا فى البحر.

قال فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته و تصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل و يسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به و يستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول و قد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده قال و تبطل الوكالة بموت الموكل

كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه يصح إذا كان بحضرة الطالب رضى به أو لا (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فإن لم يبلغه العزل) أي فإن لم يبلغ الوكيل عزل الموكل إياه (فهو على وكالته و تصرفه جائز حتى يعلم) أي الوكيل عزله و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية و احمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي في الاصح ينعزل و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و احمد في رواية رحمه الله تعالى (لأن في العزل إضرارا به) أي بالوكيل (من حيث إبطال ولايته) من غير علمه (أو من حيث) أي أو يكون الإضرار به من حيث (رجوع الحقوق اليه) أي إلى الوكيل و بين ذلك بقوله (فينقد من مال الموكل) إذا كان وكيلا بالشراء (و يسلم المبيع) إلى المشتري إذا كان وكيلا بالبيع ثم إذا نقد أو سلم (فيضمنه) أى فيضمن ما نقده و ما سلمه لأن فعله بعد العزل (فيتضرر به) فلا يجوز لأن الضرر مدفوع شرعاً (و يستوي الوكيل بالنكاح وغيره) أي وغير النكاح مثل البيع و الشراء و نحو ذلك (للوجه الاول) و هو ابطال الولاية يعني أن العزل لا يصح قبل علم الوكيل أصلا و الوكيل بالنكاح وغيره سواء نظراً إلى الوجه الذي فيه الإضرار بالوكيل من حيث إبطال ولايته و كذا عزل الوكيل بالطلاق لا يصح من غير علمه ذكره في مختصر الكافي (و قد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده) ذكره في فصل القضاء بالمواريث من أدب القاضي بقوله و لا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حراً كان أو عبداً عادلاً كان أو فاسقاً رجلاً كان أو امرأة صبياً كان أو بالغاً و كذلك العزل عندهما و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين و الوكيل لو عزل نفسه بغير علم الموكل لاينعزل و لا يخرج عن الوكالة و عند الشافعي و أحمد و مالك رحمهم الله تعالى في رواية ينعزل و قال مالك رحمه الله تعالى ان كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و تبطل الوكالة (١) بموت الموكل

---

(١) بموت الموكل و فى البحر: إعلم أن الوكالة تبطل بموت الموكل إلا فى بيع الوفاء قال في جامع الفصولين: =>

وجنونه جنونا مطبقاً و لحاقه بدار الحرب مرتداً لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر و قد بطل بهذه العوارض و شرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء و حد المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله تعالى إعتباراً بما يسقط به الصوم و عنه أكثر من يوم و ليلة لأنه يسقط (١) به الصلوات الخمس فصار كالميت و قال محمد رحمه الله تعالى

و جنونه جنونا مطبقاً و لحاقه (٢) بدار الحرب) حال كونه (مرتداً) و لا خلاف في هذه الاشياء (لأن التوكيل تصرف غير لازم) لأنه يمكنه أن يعزله (فيكون لدوامه حكم ابتدائه) لأن كل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الامر) أى امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة (وقد بطل) أي أمر التوكيل (بهذه العوارض) و هي الموت و الجنون و الارتداد لا يشكل بالبيع بالخيار فانه غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر و يبطل الخيار لأن الاصل في البيع اللزوم و عدم اللزوم بسبب العارض و هو الخيار فاذا مات تقرر الاصل و بطل العارض (و شرط) أي القدوري (أن يكون الجنون مطبقاً) بكسر الباء أي دائماً و منه الحمى المطبقة أي الدائمة هي التي لا تفارق ليلا و نهارا و قيل مطبقاً أي مستوعباً من أطبق الغيم السماء إذا استوعبها (لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق) أى الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أعتباراً بما يسقط به الصوم) أي صوم شهر رمضان روى هذه الرواية أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و عنه) أي و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (أكثر من يوم و ليلة لأنه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت و قال محمد رحمه الله تعالى

=> باعه جائزا بوكالة ثم مات موكله لا ينعزل بموته الوكيل اه و البيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحا اه و فى المنحة على البحر: قوله: (إلا فى بيع الوفاء) قال العلامة المقدسي: و هو ظاهر لتعلق حق البائع اه و الأولى أن يقول لتعلق حق المشتري قاله بعض الفضلاء أى لأنه رهن فى المعنى على ما عليه العمل اليوم فالمشترى مرتهن.

(١)يسقط. ن. تسقط. (٢)لحاقه بدار الحرب الخ و فى إيضاح الاصلاح: و المراد باللحاق ثبوته بحكم الحاكم كذا فى البحر لكن عبارة درر البحار: و لحاقه بحرب فبطل بغير حكم به قال شارحه لأن أهل الحرب أموات فى أحكام الاسلام و بلحاقه صار منهم اه و فى المجمع: و لحاق الموكل بعد ردته بدار الحرب يبطل و قالا إن حكم به قال ابن ملك لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضى قيد باللحاق لأن المرتد قبله لا يبطل توكيله عندهما و موقوف عنده إن أسلم نفذ و إن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه فعلم أن ما فى الايضاح على قولهما كذا فى الشامية. و فيه بحث كما سيأتى عن قريب.

حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطاً قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذ و إن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه و قد مر في السير

حول (١) كامل) أي الجنون المطبق يقدر بحول كامل (لأنه يسقط به) أى بالحول الكامل (جميع العبادات) كالصوم و الصلاة و الزكاة و أما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لأن وجوبها مقدر بالحول فلا يكون فى معنى الموت (فقدر به) أى فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل (إحتياطاً) و روى عن محمد رحمه الله تعالى يوم و ليلة ثم رجع فقال شهر ثم رجع فقال سنة (قالوا) أي المشايخ رحمهم الله تعالى (الحكم المذكور في اللحاق) في مختصر القدوري (قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) موقوفة (فإن أسلم نفذ) أى تصرفه السابق (و إن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه) حتى يستقر أمر اللحاق (و قد مر في السير) أي مر كون تصرف المرتد موقوفاً أو نافذاً في (٢) السير في باب أحكام المرتدين

---

(١)حول كامل قال فى الكافى و التبيين و الدرر وغيرها و هو الصحيح لكن فى الشر نبلالية عن المضمرات شهر (أى مقدار شهر) و به يفتى و كذا فى القهستانى و الباقانى و جعله قاضيخان فى فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و أن عليه الفتوى فليحفظ كذا فى الدر المختار. (٢)فى السير قال فى الحواشى اليعقوبية: و ههنا كلام و هو أن المعلوم مما ذكر فى كتاب السير أن المرتد إذا لحق بدار الحرب تكون تصرفاته موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما و تصح تصرفاته و إن مات أو حكم بلحاقه استقر كفره فتبطل تصرفاته و عندهما تصرفاته نافذة إلا أن يموت أو يحكم بلحاقه و الوكالة من جملة التصرفات فلا وجه للحكم ههنا بمجرد اللحاق عند أبى جنيفة رحمه الله تعالى كما لا يخفى اللهم إلا أن يراد من بطلان الوكالة عدم نفوذها لكنه بعيد لا يخفى فليتأمل كذا فى المنحة على البحر. قال العلامة قاضى زادهٌ فى النتائج. أقول و الحق عندى أن المراد بما ذكر فى الكتاب اللحاق مع قضاء القاضى به دون مجرد اللحاق فالمسألة إجماعية و عن هذا قال الامام الزيلعىٌ فى شرح هذا المقام من الكنز و المراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع اه و مما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضى به دون محرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضى به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبى حنيفةٌ بالموت و القتل و اللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيطٌ و الامام قاضى خانٌ و صاحب الوقايةٌ وغيرهم من الثقات اه ملخصا.

و إن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال و إذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم

(و إن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها) لأن المرتدة لا تقتل عندنا لأن علة القتل الحراب و لم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب (على ما عرف) في السير (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له) أي أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أي على العبد المأذون له (أو الشريكان فافترقا) يعني أحد شريكي العنان أو المفاوضة إذا وكلا وكيلاً ثم افترقا (فهذه الوجوه) أي عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له أو افتراق الشريكين (تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم) أى علم الوكيل بذلك أو لم يعلم و قال أبو النصر رحمه الله تعالى في شرحه هذا الذى ذكره القدوري جميعه جاز على الأصل إلا في الشريكين لأن ذلك خلاف الرواية لأن محمداً رحمه الله تعالى قال في الأصل و إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء ثم افترقا و اقتسما و أشهدا أنه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل أمضى الذي كان وكل به و هو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعاً و كذلك لو كانا وكلاه جميعاً لأن وكالة احدهما جائزة على الآخر و ليس تفرقهما ينقض الوكالة و كذلك قال الاسبيجابي رحمه الله تعالى في شرح الكافي للحاكم الشهيد رحمه الله تعالى و ليس تفرقهما نقضا للوكالة لأن أثر النقض لا يظهر في توابع عقود باشرها احدهما قبل ذلك و قال الأترازي رحمه الله تعالى و العجب من صاحب الهداية أنه أبهم الأمر و لم يتعرض لكلام القدوري و الغالب على ظني أن القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لأن المتضمن و هو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة و لا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة انتهى و رد عليه الأكمل (١) بأن هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة الكتاب انتهى و في المبسوط (٢) هذا يعني قوله فهذه الوجوه تبطل الوكالة إذا كانت الوكالة بالبيع و الشراء أما لو كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل لعجز المكاتب و حجر المأذون لأن في كل عمل وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالباً بايفائه و ليس لمولى العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليه دين أو لا لأنه إن كان عليه دين فكسبه

(١) الأكمل في العناية ص١٣٦ ج٧. (٢) المبسوط للسرخسي ص١٠٨ ج١٩.

لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر و قد بطل بالحجر و العجز و الإفتراق و لا فرق بين العلم و عدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل قال و إذا مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه و موته و إن لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً قال و هذا عند محمد رحمه الله تعالى فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تعود (١) الوكالة

حق غرمائه و المولى منه كسائر الأجانب ما لم يفرغ من الدين و إن لم يكن عليه دين فوجوب المال بعقد العبد و لا يكون هو في هذا دون الوكيل و ما وجب من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة به فهنا أولى (لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر و قد بطل) أي قيام الأمر (بالحجر) في المأذون له (و العجز) في المكاتب (و الافتراق) في الشريكين (و لا فرق بين العلم) أي علم الوكيل (و عدمه) أى عدم العلم (لأن هذا عزل حكمي) أى عزل من طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) كالموت (كالوكيل بالبيع إذا باعه) أى إذا باع المبيع الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكماً لفوات محل تصرف الوكيل (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى في مختصره (و إذا مات الوكيل أو جن) أي الوكيل (جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره (٢)) أى أمر الوكيل (بعد جنونه و موته) فلو جن ساعة ثم أفاق فهو على وكالته و جعل هذا كالنوم كذا في التتمة (و إن لحق) أى الوكيل (بدار الحرب) حال كونه (مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود) من دار الحرب إلى دار الإسلام حال كونه (مسلماً) و قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في مبسوطه هذا إذا حكم القاضي بلحاقه و اليه أشار في مبسوط شمس الأئمة رحمه الله تعالى و إذا قضى القاضى بلحاقه فقدر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة أما قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة باتفاقهم (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (و هذا) أى جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلماً (عند محمد رحمه الله تعالى فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تعود الوكالة

---

(١)لا تعود. ن. لا يعود. (٢)أمره و فى العناية: و الأمر مصدر مضاف الى المفعول و معناه الامر الذى كان مأمورا به لم يبق صحيحا و انما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء اه و فى النتائج: أقول ههنا شبهة الاستدراك اذ لا يخفى على أولى النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لأنه بين غنى عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل فى حق الوكالة لأنا نقول احتمال ذلك مع كونه فى غاية البعد فى نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضى برأى الوكيل لا برأى غيره لا يندفع بالتعليل الذى ذكره المصنفّ لأن الأمر بالوكالة و ان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت إلا أنه يحتمل أن يبقى صحيحا بالنظر إلى وارثه الحى فلا يتم التقريب.

لمحمد رحمه الله تعالى أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به و إنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فإذا زال العجز و الإطلاق باق عاد وكيلاً و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته و ولاية التنفيذ بالملك و باللحاق لحق بالأموات و بطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد و المدبر و لو عاد الموكل مسلماً و قد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر و عن محمد رحمه الله تعالى أنها تعود كما قال في الوكيل و الفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك و قد زال و في حق الوكيل

لمحمد رحمه الله تعالى أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع) و معناه أن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً أن يتصرف في شيء لموكله فإذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أى بالوكيل من الحرية و العقل و البلوغ و القصد في ذلك التصرف و الكل قائم و صحة التوكيل لحق الموكل و حقه قائم أيضاً بعد لحاقه (و إنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فإذا زال العجز و الإطلاق باق عاد وكيلا و لأبى يوسف رحمه الله تعالى أنه) أى التوكيل (إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) لجنس التصرف فى حد ذاته (و ولاية التنفيذ بالملك) أي و تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة (و باللحاق) أى بدار الحرب (لحق) أى الوكيل (بالأموات و بطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد و المدبر) يعني يعتق أم ولده و مدبره بالقضاء بلحاقه و بعوده مسلماً لا يعود ملكه فيهما و لا يرتفع العتق فكذا الولاية التي بطلت لا تعود (و لو عاد الموكل مسلماً) أى عاد بعد القضاء بلحاقه و به صرح في المبسوط (و قد لحق) أى و الحال أنه قد لحق (بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر) أى في ظاهر الرواية (و عن محمد رحمه الله تعالى أنها) أى أن الوكالة (تعود كما قال في الوكيل) أى كما قال محمد رحمه الله تعالى في الوكيل إذا عاد مسلماً تعود وكالته لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد اليه ماله على قديم ملكه و قد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه و رد عليه بعيب بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته (و الفرق له على الظاهر) أى الفرق لمحمد رحمه الله تعالى على ظاهر الرواية (أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك و قد زال) أى و قد زال ملك الموكل بردته و القضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (و في حق الوكيل) أى

على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال و من وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة و هذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة و انقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه و أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت

و مبنى الوكالة في حق الوكيل (على معنى قائم به) أى بالوكيل (و لم يزل) بضم الزاي أى المعنى القائم به لم يزل (باللحاق) أى بلحاق الوكيل بدار الحرب و قضاء القاضى به و لكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فإذا زال العارض صار كأن لم يكن (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و من وكل رجلا بشيء) و في بعض النسخ و من وكل آخر بشيء (ثم تصرف بنفسه فيما وكل به) أى الذى وكل به بأن باعه أو وهبه لأحد أو تصدق به بطلت الوكالة انتهى كلام القدوري و قال المصنف (و هذا اللفظ) أى هذا اللفظ الذي قاله القدوري رحمه الله تعالى (ينتظم وجوهاً) أى يشمل وجوهاً كثيرة من المسائل ثم أوضح ذلك بقوله (مثل أن يوكله) أى يوكل أحداً (بإعتاق عبده) أى عبد الموكل (أو بكتابته) أى بكتابة عبده (فأعتقه) أى الموكل أعتق عبده بنفسه (أو كاتبه الموكل بنفسه) بطلت الوكالة (أو يوكله) أى يوكل أحداً (بتزويج امرأة) أى بأن يزوجه امرأة (أو بشراء شيء) أى يوكله بشراء شيء (ففعله بنفسه) أى فعله الموكل بنفسه بأن يتزوجها بنفسه أو يشتريه بنفسه كان ذلك عزلاً حتى لو أبانها بعد الزواج لم يجز للوكيل أن يزوجها إياه (أو يوكله) أى يوكل أحداً (بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً) أى ثلاث طلقات (أو واحدة) اي او طلقها واحدة (و انقضت عدتها) فليس للوكيل ان يطلقها بعد ذلك لا في العدة و لا بعدها و إنما قيد بقوله و انقضت عدتها لأنه إذا طلقها بنفسه واحدة و لم تنقض عدتها كان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة (او بالخلع) اي او يوكله بأن يخالع امرأته (فخالعها) أي الزوج (بنفسه لأنه) أي الموكل (لما تصرف بنفسه) أي لما تصرف فيما وكل به بنفسه (تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة) ثم بين نتيجة ذلك بقوله (حتى لو تزوجها بنفسه) أي لو تزوج الموكل المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه (و أبانها) أي بعد التزوج بنفسه بالطلاق (لم يكن للوكيل أن يزوجها منه) أي أن يزوج المرأة البائنة من الموكل (لأن الحاجة قد انقضت) أي

بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل و أبانها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة و كذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل و قال محمد رحمه الله تعالى له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق و العجز قد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً لأنه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء

لأن حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه (بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل) أى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل و بعد أن تزوجها (و أبانها) بعد أن تزوجها حيث يكون (له) أي للوكيل (أن يزوج الموكل) تلك المرأة البائنة (لبقاء الحاجة) أي حاجة الموكل فيها (و كذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أي فباعه الموكل ذلك العبد بنفسه بطلت الوكالة (فلو رد عليه) أي فلو رد العبد على الموكل (بعيب بقضاء القاضي) قيد به لأنه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه من أخذه بالإجماع (فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ليس للوكيل أن يبيعه) أي هذا العبد (مرة أخرى لأن بيعه بنفسه) أي لأن بيع الموكل بنفسه العبد (منع له) أي للوكيل (من التصرف فصار كالعزل) فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة صريحاً (و قال محمد رحمه الله تعالى له أن يبيعه) أى للوكيل أن يبيع ذلك العبد (مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه) أي لأن عقد الوكالة أو لأن التوكيل (اطلاق) أي إطلاق للتصرف و لم يوجد العزل صريحاً و كان ممنوعاً بعارض يعجزه عن ذلك (و العجز قد زال) فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة اخرى (بخلاف ما إذا وكله) أى وكل واحداً (بالهبة) بأن يهب عبده من فلان (فوهب بنفسه) أي فوهب الموكل بنفسه (ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً) بعد ذلك (لأنه) أي لأن الواهب (مختار في الرجوع فكان ذلك) أي الرجوع من الواهب مختاراً (دليل عدم الحاجة) أي إلى الهبة إذ لو كان محتاجاً لما رجع عنها فكان دليلاً على نقض الوكالة (أما الرد بقضاء) أي أما (١) رد الهبة

---

(١)أما رد الهبة الخ و فى النتائج: (أما الرد بقضاء) أى أما رد المبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أى بغيراختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) إلى البيع أقول من العجائب ههنا أن الشارح العينيّ قال فى شرح قول المصنفّ أما الرد بقضاء أى اما رد الهبة بقضاء القاضى و فى شرح قوله بغير اختياره أى اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنفّ بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار و بين ردها بقضاء القاضى و هذا مع كونه غير صحيح فى نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما إذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع و ما ذا يقول فى قوله (فاذا عاد إليه) أى الى الموكل (قديم ملكه كان له) أى للوكيل =>

بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه و الله أعلم.

كتاب الدعوى

بقضاء القاضي (بغير اختياره) أي اختيار الواهب (فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد اليه قديم ملكه كان له) أي للوكيل (أن يبيعه و الله أعلم) و قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل و إذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له ثم إن الموكل باع العبد أو دبره أو كاتبه أو وهبه أو تصدق به أو كاتب أمته فوطئها و استولدها فإن ذلك كله نقض للوكالة ما خلا الوطى إذا لم يستولد و ما خلا الاجارة و الرهن و كذلك الخدمة ليس بنقص للوكالة و قال الإسبيجابي رحمه الله تعالى و لو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فاذا لها الزوج فمات عنها أو طلقها و انقضت العدة ثم زوجها إياه الوكيل جاز لأنه أمره بإنكاحها إياه و هو متصور بواسطة الموت و انقضاء العدة فانصرف التوكيل اليه وصار كأنه نص على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة و الوكالة مما تقبل التعليق و الإضافة إلى زمان في المستقبل و الله أعلم.

(كتاب (١) الدعوى)

أي هذا كتاب في بيان الأحكام المتعلقة بالدعوى و هي (٢) في اللغة اسم للإدعاء الذي هو مصدر

=> (أن يبيعه و الله اعلم) فانه صريح فى أن مراده الفرق بين البيع و الهبة و ذكر فى التتمة قال محمد رحمه الله تعالى لا يشبه الهبة البيع لأن الوكالة بالبيع لا تنقضى بمباشرة البيع لأن الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد و يتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع و الوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة فتنقضى بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع و لا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل فى هبته عاد إليه العبد و لا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا اه. (١) كتاب الدعوى مناسبتها ظاهرة لأن الوكيل بالخصومة وغيرها يحتاج إليها كذا فى البحر. (٢) و هى فى اللغة الخ و فى المصباح: ادعيته طلبته لنفسي و الاسم الدعوى و دعوى فلان كذا أى قوله و الدعوة المرة و بعض العرب يؤنثها بالألف فيقول الدعوى و قد يتضمن الادعاء معنى الاخبار فتدخل الباء جوازا فيقال فلان يدعي بكرم فعاله أى يخبر بذلك عن نفسه و جمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو و فتحها و بعضهم قال الفتح أولى و بعضهم الكسر أولى و منهم من سوى بينهما و مثله الفتوى و الفتاوى و تمامه فيه و فى القاموس: ادعى بكذا زعم له حقا أو باطلا و الاسم الدعوة و الدعاوة و يكسران و الدعوة الحلف و الدعاء إلى الطعام و يضم كالمدعاة و بالكسر الادعاء فى النسب اه و فى الكافي: يقال ادعى زيد على عمرو مالاً فزيد المدعي و عمرو المدعى عليه و المال المدعي و المدعى به خطأ و المصدر الادعاء افتعال من دعا و الدعوى على فعلى اسم منه و ألفها للتانيث فلا تنون يقال دعوى باطلة و صحيحة و جمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى و فتاوى و الدعوى فى الحرب أن يقول الناس يا لفلان و أما قوله تعالى دعواهم فيها سبحانك اللهم (يونس: ١٠) فمعناها الدعاء و حقيقتها فى جميع المواضع أن تدعو إلى نفسك أو لنفسك و الدعوى بالفتح المدعاة و هي المأدبة و بالكسر فى النسب و المدعى من يقصد ايجاب الحق على نفسه و لا حجة له اه كذا فى البحر.

....

ادعى زيد على عمرو مالاً و جمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى و فتاوي و قيل الدعوى لغة قول يقصد به إيجاب حق على الغير و ذكر شيخ الإسلام المحبوبي الدعوى لغة إضافة الشئ إلى نفسه و ذكرت في شرحي على الكنزأن الدعوى فعلى من الدعاء و هو الطلب و الفعل منه ادعى يدعي ادعاء فهو مدع و العين الذي يدعيه يدعي مدعي و لا يقال مدعى فيه و لا به و أصل ادعى ادتعى و أصل مدع مدتعي قلبت التاء دالاً و أدغمت الدال في الدال و الدعوة بفتح الدال الادعاء إلى الطعام و بكسرها في النسب و بضمها في دار الحرب فافهم و في الشرع الدعوى إضافة الشيء إلى نفسه في حالة (١) المنازعة و قيل هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته و لها ركن و شرط و حكم و سبب أما (٢) ركنها هو معناها لغة و هي إضافة الشيء إلى نفسه لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء و الدعوى إنما تقوم باضافة المدعي إلى نفسه فكان ركناً و أما (٣) شرطها مجلس القضاء لأن الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي و أما حكمها فوجوب الجواب على الخصم إما بنعم أو بلا و أما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح و البيوع و في المبسوط وغيره سبب فسادها شيئان جهالة المدعي و كونها لا تكون ملزمة على الخصم و هي مشروعة بالكتاب و السنة و إجماع الأمة أما الكتاب قوله تعالى في قصة داود عليه و السلام ﴿و آتيناه (٤) الحكمة و فصل الخطاب﴾ و فسر

(١)حالة المنازعة فخرج حالة المسالمة فانها دعوى لغة لا شرعا كذا فى البحر. (٢)أما ركنها الخ و فيه نظر كذا فى البحر معزيا إلى غاية البيان و فى البدائع: أما ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه و نحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن اه. (٣)و أما شرطها الخ و أما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع منها عقل المدعي و المدعى عليه و منها معلومية المدعى و منها كون المدعى مما يحتمل الثبوت و منها كونها بلسان المدعى فلا تصح بلسان وكيله إلا برضا خصمه عند الامام اذا لم يكن به عذر و منها مجلس القضاء و منها حضرة الخصم فلا يسمعان إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعى ذلك بالكتاب الحكمي للقضاء و منها عدم التناقض فى الدعوى إلا فى الحرية و النسب و هذه السبعة فى البدائع و منها كون المدعى ملزما على الخصم فلا تصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لإمكان عزله كذا فى العناية. (٤)و آتيناه الآية ص: ٢٠ قال المفسر العلامة السيد محمود الآلوسي فى روح المغاني: ﴿وَ آتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ﴾ النبوة و كمال العلم و إتقان العمل و قيل الزبور و علم الشرائع و قيل: كل كلام وافق الحكمة فهو حكمة ﴿وَ فَصْلَ الْخِطَابِ﴾ أي فصل الخصام بتمييز الحق عن الباطل فالفصل بمعناه المصدري و الخطاب الخصام لاشتماله عليه أو لأنه أحد أنواعه خص به لأنه المحتاج للفصل أو الكلام الذي يفصل بين الصحيح و الفاسد و الحق و الباطل و الصواب و الخطأ و هو كلامه عليه السلام في القضايا و الحكومات و تدابير الملك و المشورات فالخطاب الكلام المخاطب به و الفصل مصدر بمعنى اسم الفاعل أو الكلام الذي ينبه المخاطب على المقصود من غير التباس =>

....

علي رضي الله تعالى عنه بقوله البينة على المدعى و اليمين على من أنكر و أما السنة فما رواه الدارقطنيّ (١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و أما الإجماع فقيل انعقد اجماع الامة من لدن

=> يراعى فيه مظان الفصل و الوصل و العطف و الاستئناف و الإضمار و الحذف و التكرار و نحوها فالخطاب بمعنى الكلام المخاطب به أيضاً و الفصل مصدر إما بمعنى اسم الفاعل أي الفاصل المميز للمقصود عن غيره أو بمعنى اسم المفعول أي المقصود أي الذي فصل من بين أفراد الكلام بتخليصه و مراعاة ما سمعت فيه أو الذي فصل بعضه عن بعض و لم يجعل ملبساً مختلطاً و جوز أن يراد بفصل الخطاب الخطاب القصد الذي ليس فيه اختصار مخل و لا اشباع ممل كما جاء في وصف كلام نبينا ﷺ: "لا نزر ولا هذر" فالخطاب بمعنى الكلام المخاطب به كما سلف و الفصل إما بمعنى الفاصلّ لأن القصد أي المتوسط فاصل بين الطرفين و هما هنا المختصر المخل و المطنب الممل أو لأن الفصل و التمييز بين المقصود وغيره أظهر تحققاً في الكلام القصد لما في أحد الطرفين من الإخلال و في الطرف الآخر من الإملال المفضي إلى إهمال بعض المقصود و إما بمعنى المفصول لأن الكلام المذكور مفصول مميز عند السامع على المخل و الممل بسلامته عن الاخلال و الاملال و الإضافة على الوجه الأول من إضافة المصدر إلى مفعوله و على ما عداه من إضافة الصفة لموصوفها و ما روي عن علي كرم الله تعالى وجهه و الشعبي و حكاه الطبرسي عن الأكثرين من أن فصل الخطاب هو قوله: البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه فقيل: هو داخل في فصل الخطاب على الوجه الثاني فإن فيه الفصل بين المدعي و المدعى عليه و هو من الفصل بين الحق و الباطل و جاء في بعض الروايات هو إيجاب البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه فلعله أريد أن فصل الخطاب على الوجه الأول أعني فصل الخصام كان بذاك وجعله نفسه على سبيل المبالغة و ما روي عن ابن عباس و مجاهد و السدي من أنه القضاء بين الناس و الحق و الإصابة و الفهم فهو ليس شيئاً وراء ما ذكر أولاً و أخرج ابن جرير عن الشعبي و ابن أبي حاتم و الديلمي عن أبي موسى الأشعري أن فصل الخطاب الذي أوتيه عليه السلام هو أما بعد و ذكر أبو موسى أنه عليه السلام أول من قال ذلك فقيل: هو داخل في فصل الخطاب و ليس فصل الخطاب منحصراً فيه لأنه يفصل المقصود عما سيق مقدمة له من الحمد و الصلاة أو من ذكر الله عزوجل مطلقاً و ظاهره اعتبار فصل الخطاب بمعنى الكلام الذي ينبه المخاطب على المقصود إلى آخر ما مر و يوهم صنيع بعضهم دخوله فيه باعتبار المعنى الثاني لفصل الخطاب و لا يتسنى ذلك و حمل الخبر على الانحصار مما لا ينبغي إذ ليس في إيتاء هذا اللفظ كثير امتنان ثم الظاهر أن المراد من أما بعد ما يؤدي مؤداه من الألفاظ لا نفس هذا اللفظ لأنه لفظ عربي و داود لم يكن من العرب و لا نبيهم بل و لا بينهم فالظاهر أنه لم يكن يتكلم بالعربية و الذي يترجح عندي أن المراد بفصل الخطاب فصل الخصام. (١)رواه الدارقطني رحمه الله تعالى فى الأقضية ص٢١٨ ج٤ و فى سنده مسلم بن خالد الزنجى تكلم فيه غير واحد من الأئمةّ كذا فى نصب الراية معزيا إلى التنقيح و فى الباب عن أبى هريرة و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أما حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه فأخرجه أيضا الدارقطنى رحمه الله تعالى فى الأقضية ص٢١٨ ج٤ و في سنده أيضا مسلم بن خالد الزنجى و أما حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه فاخرجه البيهقى رحمه الله تعالى فى الدعوى و البينات باب البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه ص٢٥٢ ج١٠.

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها و المدعى عليه من يجبر على الخصومة و معرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى و قد اختلفت (١) عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح و قيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج و المدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد و قيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر و المدعى عليه من يتمسك بالظاهر

رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا و وجه المناسبة بين هذا الكتاب و بين كتاب الوكالة هو أن الوكالة كانت بالخصومة لاجل الدعوى (قال) أي القدورى رحمه الله تعالى في مختصره (المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها و المدعى عليه من يجبر على الخصومة) إذا تركها هذا الحد هو الذي اختاره القدوري رحمه الله تعالى و قال المصنف رحمه الله تعالى (و معرفة الفرق بينهما) أي بين المدعي و المدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) و ذلك لأن الانسان قد يكون مدعياً صورة و مع ذلك القول قوله مع يمينه كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر في الكتاب (و قد اختلفت عبارات المشايخ فيه) أي في الفرق بين المدعي و المدعى عليه (فمنها) أي فمن جملة عبارات المشايخ (ما قال (٢) في الكتاب) أي القدوري رحمه الله تعالى (و هو حد عام صحيح) أما عمومه فلانه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي و المدعى عليه و أما صحته فلانه جامع مانع على ما لا يخفى فلذلك اختاره المصنف رحمه الله تعالى (و قيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة) يعني البينة أو الإقرار (كالخارج) الذي يدعي عيناً في يد رجل فانه لا يستحق إلا بحجة يعني البينة أو الإقرار (و المدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد) أي كصاحب اليد فانه لا يحتاج إلى بينته و استحاقه بقوله هذا ملكي و أنا واضع اليد و قال (٣) الاكمل هو ليس بعام لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة و لعله غير صحيح (و قيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر) إذ الظاهر أن الاملاك في يد المالك و براءة الذمة (و المدعي عليه من يتمسك بالظاهر) لأنه يدعي قرار يده و ملكه على ظاهره و هذا منقوض بالمودع فانه مدعى عليه و ليس بمتمسك بالظاهر لأن رد الوديعة ليس

---

(١) اختلفت. ن. اختلف. (٢) فى الكتاب و فى المجتبى: الصحيح ما فى الكتاب و المراد أن المدعى عليه يجبر على أصل الخصومة و لا ينافيه قول محمد رحمه الله تعالى إن الخيار للمدعى عليه فى تعيين القاضى كما لا يخفى.
(٣) قال الاكمل فى العناية ص ١٤٤ ج ٧.

و قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل المدعى عليه هو المنكر و هذا صحيح لكن الشأن في معرفته و الترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين و إن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى قال و لا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه و قدره لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة و الإلزام في المجهول لا يتحقق

بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال (و قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل المدعى عليه هو المنكر و هذا صحيح لكن الشأن في معرفته) أي في معرفة المنكر (و الترجيح بالفقه) يعني باعتبار المعنى دون الصورة (عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله تعالى لأن الاعتبار للمعاني دون الصور) بيانه إذا تعارضت الجهتان في صورة فالترجيح لاحداهما على الأخرى يكون بالفقه كما ذكرنا ثم أوضح ذلك بقوله (فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين و إن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى) فلو أقام على ذلك بينة قبلت لأنه متمسك بالاصل إذ الاصل في الذمم البراءة و يحلفه القاضي أنه لا يلزمه رد و لا ضمان و لا يحلفه على أنه رده لأن اليمين يكون ابدا على النفي فلو أقام على ذلك بينة قبلت و القول قوله مع يمينه أيضاً فكان مدعي عليه فاذا أقام البينة اعتبر (١) الصورة و إذا عجز عنها اعتبر معناها فإنه ينكر الضمان و القول قول المنكر مع يمينه فان قيل المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت إذ الرد لم يكن ثابتاً و المودع متمسك بما هو ثابت و هو عدم الرد فانه كان ثابتاً فينبغي أن يكون الامر على العكس قلت المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى و هو أصل و المودع يدعي الشغل و لم يكن ثابتاً و لهذا تقبل بينته اعتباراً للصورة و يجبر على الخصومة و يحلف اعتباراً للمعنى فان قيل يشكل هذا بما إذا ادعى المديون دفع الدين إلى وكيل رب الدين ثم حضر رب الدين و أنكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة مع أن المديون يدعي البراءة قلنا المديون يدعي البراءة هنا بعد الشغل فكان الشغل أصلاً و البراءة عارضة أما في رد الوديعة فالبراءة أصل و الشغل عارض كما ذكرنا فالقول له (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه و قدره) قال المصنف رحمه الله تعالى (لأن فائدة الدعوى الإلزام) على الخصم (بواسطة إقامة الحجة) و هي البينة أو الإقرار (و الإلزام في المجهول لا يتحقق) لأن القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول ببينة المدعي و لا بنكول المدعي عليه فسقطت الدعوى

---

(١) اعتبر الصورة الخ أقول و فيه نظر راجع له نتائج الأفكار ص١٤٧ ج٧.

فإن كان عينا في يد المدعي عليه كلف إحضارها ليشير اليها بالدعوى و كذا في الشهادة و الإستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط و ذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن و الإشارة أبلغ في التعريف و يتعلق بالدعوى وجوب الحضور و على هذا القضاة من آخرهم

فاذا كان كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة و هي بأن يكون المدعي معلوماً في جنسه كالدراهم و الدنانير و الحنطة وغير ذلك و قدره مثل كذا و كذا درهماً أو ديناراً أو كرا و يذكر مع ذلك صفتها كالحنطة البيضاء أو الحمراء و يذكر انها جيدة أو رديئة كذا في الذخيرة و إذا كان المدعي مجهولاً في نفسه لا تسمع و لا نعلم فيه خلافاً إلا (١) في الوصية فإن الأئمة الثلاثة يجوزون دعوى المجهول في الوصية بأن ادعي حقاً من وصية أو إقرار فانهما يصحان بالمجهول و تصح دعوى الابراء المجهول بلا خلاف و لا يشترط لسماع الدعوى المخالطة و المعاملة و لا فرق فيه بين طبقات الناس و عن مالك رحمه الله تعالى لا يسمع دعوى الذمي الزاني على الشريف إذا لم يعرف بينهما نسب (فان كان) أي المدعي (عيناً في يد المدعى عليه كلف) أى المدعى عليه (احضارها) أى احضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم (لشير) أى المدعي (إليها) أى إلى العين المدعاة (بالدعوى) فيقول هذا الذي أدعيه و الإشارة أبلغ في التعريف (و كذا في الشهادة) أي كلف المدعي عليه باحضار المدعي ليشير اليه عند أداء الشهادة و قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى و نحوه يحضر الحاكم عندها أو يبعث أميناً و في المجتبى قال الاسبيجابي في مسألة سرقة البقرة لو اختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما و هذه المسألة تدل (٢) على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى و لو شرط لأحضرت و لما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها ثم قال و هذه المسألة الناس عنها غافلون (و الاستحلاف) يعني إذا استحلف المدعي عليه على العين المدعاة كلف إحضارها (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط و ذلك) أي الإعلام (بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن و الإشارة أبلغ في التعريف و يتعلق بالدعوى) أى بالدعوى الصحيحة أى بمجردها (وجوب الحضور) أى حضور الخصم مجلس القاضي (و على هذا) أى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة (القضاة من آخرهم) أي بأجمعهم كذا قاله صاحب الكافي رحمه الله تعالى و قال الأكمل من

(١)إلا في الوصية الخ أقول و يستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن و الغصب و الوصية و الاقرار و الابراء فبلغت المستثنيات خمسة تأمل كما في البحر مع المنحة و الشامية. (٢)تدل الخ قلت لا تدل لأنها إذا كانت غائبة (بل هالكة) لا يشترط احضارها و القيمة كافية كذا في البحر.

في كل عصر و وجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره و لزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا و اليمين إذا أنكره و سنذكره إن شاء الله تعالى قال و إن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوما لأن العين لا تعرف بالوصف و القيمة تعرف به

اولهم إلى آخرهم (في كل عصر) أي في كل زمان من أزمنة القضاة و المجتهدين (و وجوب الجواب إذا حضر) أى و يتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو لا إذا حضر (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم لأن المقصود من حضوره الجواب (و لزوم إحضار العين المدعاة) أي و يتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده (لما قلنا) أشار به إلى قوله ليشير اليها بالدعوى (باليمين) بالجر عطف على إحضار العين أي و يتعلق بالدعوى أيضاً لزوم اليمين على المدعى عليه (إذا أنكره) أى أنكر المدعى عليه الحق و لم يقدر المدعي على إقامة البينة (و سنذكره إن شاء الله تعالى) أي سنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب (و إن لم تكن) أي العين المدعاة (حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعٰى معلوماً) و عدم حضور العين أعم من أن يكون لهلاكها أو للتعذر و قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى و من المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام و القطيع من الغنم فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذا الموضع إن تيسر له و إلا بعث خليفته إن كان مأذوناً بالإستخلاف و إذا رفعت الدعوى في جمل و لا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته و ذكر الإمام القاضي ظهير الدين رحمه الله تعالى و هذا إنما يستقيم إذا كانت العين المدعاة في المصر أما إذا كانت خارج المصر كيف يقضي القاضي به و المصر شرط جواز القضاء في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى و البينة و يقضي ثم بعد ذلك يمضي قضاءه (لأن العين لا تعرف بالوصف) لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف فلا يصير المدعى معلوماً مع وجود المزاحم (و القيمة تعرف به) أي بالوصف لأنه إذا قيل عشرة دراهم من الفضة و كذا ديناراً من الذهب فالعين يصير قيمته معلومة بهذا الوصف قاله تاج الشريعةّ و قال (١) الأكمل رحمه الله تعالى و إن لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوماً و ذكر الوصف ليس بكاف لأن العين لا تعرف بالوصف و إن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه فذكره في

(١) قال الاكملّ في العناية ص ١٤٩ ج ٧.

و قد تعذر مشاهدة العين و قال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة و الأنوثة قال فإن ادعى عقاراً حدده و ذكر أنه في يد المدعى عليه و أنه يطالبه به لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد فإن العقار يعرف به و يذكر الحدود الاربعة و يذكر أسماء أصحاب الحدود و أنسابهم و لا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما عرف هو الصحيح و لو كان الرجل مشهوراً

تعريفها و القيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيدا و قوله (و قد تعذر مشاهدة العين) جملة (١) حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف يعني و الحال ان المشاهدة تعذرت و إغلاق تركيبه لا يخفى انتهى قلت لا إغلاق في تركيبه على ما لا يخفى (و قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة و الأنوثة) و قال محمد بن محمود الاستروشنيّ في فصوله: و إذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج إلى ذكر الأنوثة و الذكورة إختلف المشايخ فيه و ذكر الصدر الشهيدُ لا بد من ذكر الأنوثة و الذكورة و لا بد من بيان السن و من المشايخ من أبى ذكر الذكورة و الأنوثة لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكرهما (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (فإن (٢) ادعى عقاراً حدده) أي ذكر حدوده (و ذكر أنه في يد المدعى عليه و أنه يطالبه به) أي و أن المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى (لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد فان العقار يعرف به) أي بالتحديد (و يذكر حدوده) أى حدود العقار (الأربعة و يذكر اسماء اصحاب الحدود و انسابهم) أى و يذكر انساب اصحاب الحدود بأن يقال فلان بن فلان ابن فلان (و لا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به) أي بذكر الجد (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على ما عرف هو الصحيح) احترز به عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفي (و لو كان الرجل مشهوراً) كأبي حنيفة

(١) جملة حالية من قوله لأن العين الخ أقول بل من قوله القيمة تعرف به فانه أقرب لفظا و معنى كذا فى السعدية.

(٢) فان ادعى عقاراً الخ أطلقه فشمل ما إذا كان العقار مشهورا فلا بد من تحديده عنده خلافا لهما كذا فى منية المفتي و لم يشترط لدعوى العقار غير التحديد و فى جامع الفصولين فى دعوى العقار لا بد أن يذكر بلدة فيها الدار ثم المحلة ثم السكة فيبدأ أولاً بذكر الكورة ثم المحلة اختياراً لقول محمد رحمه الله تعالى فان مذهبه أن يبدأ أولاً بالأعم ثم بالأخص فالأخص و قيل يبدأ بالأخص ثم بالأعم فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا فى كورة كذا وقاسه على النسب فيقال فلان ثم يقال ابن فلان ثم يذكر الجد فبدأ بما هو أقرب فيترقى إلى الأبعد و قول محمد رحمه الله تعالى أحسن إذ العام يعرف بالخاص لا بالعكس و فصل النسب حجة عليه إذ الأعم اسمه فان أحمد فى الدنيا كثير فان عرف و إلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد فان عرف و إلا ترقى إلى الجد اه كذا فى البحر.

يكتفي بذكره فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لوجود الاكثر بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعٰي و لا كذلك بتركها و كما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة و قوله في الكتاب و ذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده

و محمد بن الحسن و ابن أبى ليلى و أبي جعفر الكبير البخارى رحمهم الله تعالى جميعاً (يكتفي بذكره) أي بذكر الرجل بدون نسبته (فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) أى فى الحد الرابع هو يقول التعريف لم يتم بدون ذكره و قوله (لوجود الاكثر) دليلنا يعنى أن إقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به ههنا أيضاً (بخلاف ما إذا غلط في الرابعة) اى فى الحد الرابع و انما أنثه باعتبار الجهة يعنى إذا ذكر الحدود الثلاثة و سكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى و أما إذا ذكر الحد الرابع أيضا و غلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا و بين زفر رحمه الله تعالى (لأنه يختلف به) أي بالغلط (المدعٰي و لا كذلك بتركها) أي بترك الرابعة كما لو شهد شاهدان بالبيع و قبض الثمن و تركا ذكر الثمن جاز و لو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقدا آخر بالغلط (و كما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) حتى لو ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافاً لزفر رحمه الله تعالى كما مر (و قوله في الكتاب) أي قول القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و ذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه) أي لأن المدعى عليه (إنما ينتصب خصماً) فى دعوى العين (إذا كان فى يده) أى إذا كان المدعٰى فى يده و في الخلاصة رجل ادعى على آخر داراً في يده و قال في ملكي و في يدي و أنكر المدعى عليه انها ملك المدعي لكنه مقر انها فى يده و أقام المدعى البينة فان القاضي لا يقضى بهذه البينة ما لم يشهدوا بأنها في يد المدعى عليه و في أدب القاضي للخصافؒ لو أقام احدهما البينة أنها في يده و أقام الآخر البينة انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد قال مشايخنا رحمهم الله تعالى نصفه على وجه القضاء و نصفه على وجه الترك لأن الكلام فيما إذا كانت فى يدهما و الظاهر ان كله على وجه القضاء و قال الاسبيجابيؒ في شرح الكافي للحاكم الشهيدؒ و إذا كانت الدار في يدي رجلين كل واحد منهما يدعي انها له فكل واحد منهما مدع لما في يد صاحبه و عليه البينة ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فأيهما حلف على دعوى صاحبه برىء عنها و أيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لأن يد كل واحد منهما ثابتة على

و في العقار لا يكتفى بذكر المدعى و تصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا يثبت (١) اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه فى يد غيرهما بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة و قوله و أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه

النصف فكان خارجاً فيما في يد صاحبه فتكون البينة بينة على ما في يد الآخر و اليمين يمين على صاحبه و كذلك الحيوان و العروض (و في العقار (٢) لا يكتفي بذكر المدعي و تصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت (٣) اليد فيه) أي في العقار (إلا بالبينة) بأن يشهدوا انهم عاينوا أنه في يده حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه فى يده لم تقبل شهادتهم و كذا الحال في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك (أو علم القاضي) عطف على البينة أى أو بعلم القاضى أن ذلك العقار المدعى فى يد المدعى عليه (هو الصحيح) إحترز به عن قول من يقول يكتفي بتصديق المدعي عليه أنه في يده و انما لا تثبت اليد فى العقار إلا بالبينة أو علم القاضى على القول الصحيح (نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه) أي لعله (في يد غيرهما) أى غير المدعى و المدعى عليه الحاصل أنه يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير و ذلك يفضى إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة (و قوله) أي قول القدوري رحمه الله تعالى فى مختصره (و أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) أي لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه حتى تجب على القاضي إعانته و قال (٤) الأكمل رحمه الله تعالى في عبارته تسامح لأنه يؤل إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل ثم قال و يمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه إنتهى قلت إنما قال

(١) لا يثبت. ن. لا تثبت. (٢) العقار و فى المصباح: العقار كسلام كل ملك ثابت له أصل كالدار و النخل و ربما أطلق على المتاع و الجمع عقارات اه و في المغرب: العقار الضيعة و قيل كل مال له أصل كالدار و الضيعة اه.
(٣) لا تثبت اليد الخ قال العلامة ابن عابدين في الشامية: هذا مما يقع كثيرا و يغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب فى الصكوك فاقر بوضع يده على العقار المذكور فلا بد أن يقول المدعى انه واضع يده على العقار و يشهد له شاهدان و لذا نظمت ذلك بقولي:

و اليد لا تثبت فى العقار ... مع التصادق فلا تمارى
بل يلزم البرهان ان لم يدع ... عليه غصبا أو شراء مدعى

(٤) قال الاكمل فى العناية ص ١٥٣ ج ٧.

و لأنه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده و بالمطالبة يزول هذا الإحتمال و عن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق قال و إن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا و هذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به

فيه تسامح لأنه توهم من ذلك أن الضمير في طلبه يرجع إلى حقه كما يدل عليه تقديره و إنما الضمير في طلبه يرجع إلى المدعي على أن قوله بأن المطالبة مصدر بمعني المفعول الخ فيه تأمل (و لأنه) أي و لأن المدعي (يحتمل أن يكون مرهوناً في يده) أي في يد المدعى عليه (أو محبوساً بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو أداء الثمن (و بالمطالبة يزول هذا الاحتمال) إذ لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذي اليد بخلاف مجرد الدعوى انه ملكه إذ مجرد دعوى الملك لا يدل على أن اليد له (و عن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (في المنقول) أى فى دعوى المنقول (يجب أن يقول) أى المدعى (فى يده) أى يد المدعي عليه (بغير حق) إزالة لهذا الاحتمال فان العين فى يد ذى اليد فى تينك الصورتين بحق و في الفتاوى الصغرى و التتمة شهدوا أنه ملك المدعي و لم يقولوا في يده بغير حق يفتى بالقبول و ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في الجامع أنه اختلف المشايخ فيه و الصحيح أنه لا يقبل لأنه إن لم يثبت انه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم و به كان يفتي اكثر مشايخنا و قال صاحب التتمة و هو الصحيح و عليه الفتوى (قال) القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و إن كان) أى المدعى (حقاً (١) في الذمة) أى حقا ثابتا فى الذمة يعنى ان كان دينا لا عينا (ذكر أنه (٢) يطالبه به لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه (و هذا) يعني الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه أي تعريف ما في الذمة (بالوصف) فان كان المدعى وزنيا قائما يصح إذا بين الجنس بأن قال ذهب أو فضة فبعد ذلك إن كان مضروباً يقول كذا دينارا و يذكر نوعه كبخاري الضرب أو نيسابوري الضرب (لأنه يعرف به) أى لأن ما في الذمة يعرف بالوصف بأنه جيد أو وسط أو رديء و إنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة أما إذا كان نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك و لو كان في

---

(١) حقا الخ أطلقه فشمل المكيل و الموزون نقداً وغيره و فى دعوى المثليات لا بد أن يذكر الجنس و النوع و الصفة و القدر و سبب الوجوب كذا فى البحر. (٢) أنه يطالبه به أقول ليس المراد لفظ أطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مرة ليعطنى حقى كما فى العمدة و أما أصحاب الفتاوى كما فى الخلاصة و البزازية فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا كذا فى البحر.

قال و إذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فإن اعترف قضي عليه بها لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه و إن أنكر سأل المدعي البينة لقوله عليه الصلاة و السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل و رتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال

البلد نقود مختلفة و الكل في الرواج سواء و لا فضل للبعض على البعض يجوز البيع و يعطي المشتري البائع أيّ نقد شاء إلا أن في الدعوى لا بد من تعيين أحدها و إن كان احدها أروج و للآخر فضل فالعقد جائز و ينصرف إلى الاروج و يصير ذلك كالملفوظ فى الدعوى فلا حاجة إلى البيان في الدعوى و إن كانت الدعوى بسبب القرض أو الاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى (لينكشف وجه الحكم) أى طريقه لأن الاشياء التى تنقطع بها المنازعة الإقرار و البينة و اليمين (فإن اعترف قضي عليه بها) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالدعوى و لفظ القضاء فى الاقرار مجاز للزومه باقراره فلا حاجة إلى القضاء (لأن الإقرار موجب بنفسه) لا يتوقف على القضاء و إذا كان كذلك (فيأمره) أى يأمر القاضى المدعى عليه (بالخروج عنه) أى عما يوجبه الاقرار بخلاف البينة فان الشهادة خبر محتمل و بالقضاء يصير حجة و يسقط احتمال الكذب (و إن أنكر) أي المدعى عليه (سأل المدعي البينة) أى طلب القاضى من المدعى البينة (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبى ﷺ (ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه) هذا الحديث أخرجه (١) مسلم رحمه الله تعالى عن وائل بن حجر رضى الله تعالى عنه قال: جاء رجل من حضرموت و رجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي يا رسول الله ﷺ إن هذا قد غلبني على ارض لى كانت لأبي فقال الكندي هي أرض في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال النبى عليه الصلاة و السلام للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه و ليس يتورع من شيء فقال ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ لما أدبر أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى و هو عنه معرض (سأل) أي النبي ﷺ عن المدعي البينة (و رتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) عن

---

(١) أخرجه مسلم رحمه الله تعالى فى الأيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ص ٨٠ ج ١ و فى الباب حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الرهن باب اذا اختلف الراهن و المرتهن الخ ص ٣٤٢ ج ١ و فى الأحكام باب الحكم في البئر و نحوه ص ١٠٦٥ ج ٢ و مسلم رحمه الله تعالى فى الأيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ص ٨٠ ج ١ .

ليمكنه الاستحلاف قال و إن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها و إن عجز عن ذلك و طلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا و لا بد من طلبه لأن اليمين حقه ألا ترى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

باب اليمين

البينة اولاً (ليمكنه الاستحلاف) أي ليمكن القاضي طلب اليمين من المدعى عليه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن أحضرها) أي و أن أحضر المدعى البينة على وفق دعواه (قضى بها) أي قضى القاضي بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أي عن الدعوى لرجحان جانب الصدق على الكذب بالبينة (و ان عجز عن ذلك) أي و ان عجز المدعي عن احضار البينة (و طلب يمين خصمه) و هو المدعى عليه (استحلفه عليها) أي استحلف (١) القاضي خصمه على دعواه (لما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام لك يمينه (و لا بد من طلبه) أي من طلب المدعي استحلاف خصمه (لأن اليمين حقه) أى حق المدعى ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى انه كيف اضيف اليه) أي كيف أضيف اليمين الى المدعي و انما ذكر أضيف و ان كان مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تأويل القسم أو الحلف (بحرف اللام) أي لام الاختصاص في قوله عليه الصلاة و السلام فلك يمينه فعلم أن اليمين حقه (فلا بدمن طلبه) أى طلب المدعى.

(باب (١) اليمين)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين قال الاترازي رحمه الله تعالى أقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متوالياً لأنه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالإقرار و البينة و اليمين قلت (٢) الذي رتبه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين

---

(١) استحلف القاضى الخ و فى البحر: قيد بتحليف القاضى لأن المدعى عليه لوحلف بطلب المدعى يمينه بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى فهذا ليس بتحليف لأن التحليف حق القاضى كذا فى الخلاصة و لو اصطلحا على أن يحلف عند غير القاضى و يكون بريئاً فهو باطل فلو برهن عليه يقبل و إلا يحلف ثانيا عند القاضى كذا فى البزازية. (١) باب اليمين لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى و عجز المدعى عن إقامة البينة و طلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين كذا فى العناية. (٢) قلت الخ و فيه نظر لأن ما استقبحه الاترازى انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف و قد قال بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متواليا ثم أقول فى دفع ذلك ان إفراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها و أحكامها أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كإفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم و هذا الباب أيضا من ذلك القبيل و لهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى و غيرها جروا على إفراد مسائل اليمين بباب =>

و إذا قال المدعي لي بينة حاضرة و طلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى معناه حاضرة في المصر و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس و محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى

مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بأحكامها و شرائطها (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و اذا قال (١) المدعي لي بينة حاضرة و طلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه) أي معنى قول القدوري (حاضرة (٢) في المصر) و احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالاجماع و ان طلب الخصم و احترز به ايضاً عما اذا كانت البينة غائبة عن المصر فحينئذ يستحلف بالاتفاق (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف) و هو (٣) قوله عليه الصلاة و السلام لك يمينه و قد مر عن قريب (فاذا طالبه به) أي فاذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين (يجيبه) أي يجيب القاضي المدعي و يستحلف المدعى عليه (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة و السلام ألك بينة فقال لا قال لك يمينه فانه عليه الصلاة و السلام رتب اليمين على فقد البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة يعني لا تكون ولاية الاستحلاف دون العجز عن اقامة البينة (كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف (و محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى

=> أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استقباح و لا استبعاد كما لا يخفى كذا في نتائج الأفكار.

(١)و إذا قال المدعى الخ و فى البحر: قيد بقوله المدعى لأنه لو كان له بينة عادلة حاضرة و لم يخبر القاضى بها فهو مخير بين الاستحلاف و بين اقامة البينة كذا فى القنية ثم رقم بعده لآخر إن غلب على ظنه أنه ينكل فله أن يحلفه و إن غلب على ظنه أنه يحلف كاذبا لا يعذر فى التحليف اه. (٢)حاضرة فى المصر. أطلق حضورها فشمل حضورها فى المصر بصفة المرض و ظاهر ما فى خزانة المفتين خلافه فانه قال الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة إذا انكر المدعى عليه و يقول المدعى لا شهود لى أو شهودى غيب أو مرضى اه و فى المجتبى: و قدرت الغيبة بمسيرة السفر اه كذا في البحر. (٣)و هو قوله الخ كذا فسره عامة الشراح أقول و الحق أن مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبى ﷺ البينة على المدعى و اليمين على من أنكر كذا فى النتائج.

فيما ذكره الخصافؒ و مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما ذكره الطحاوي رحمه الله تعالى قال و لا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة و السلام البينة على المدعى و اليمين على من أنكر

فيما ذكره الخصافؒ و مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما ذكره الطحاوي رحمه الله تعالى) و انكر الاترازي رحمه الله تعالى على المصنفؒ في جعل محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما ذكره الخصافؒ فقال لأن الخصافؒ لم يذكر الخلاف في أدب القاضي إلا بين أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و لم يذكر لمحمد رحمه الله تعالى قولا و كذلك فعل أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى في شرح أدب القاضي للخصافؒ و لم يذكر قول محمد رحمه الله تعالى أصلا و كذا قال الإمام أبو محمد الناصحي النيسابوريؒ في تهذيب ادب القاضي للخصافؒ فقال و لم يذكر الخصافؒ قول محمد رحمه الله تعالى ثم قال و ذكر أبو علي بن موسىؒ أن قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما روى عبد الرحمن وغيره من أصحاب محمد رحمه الله تعالى و انكر الاترازيؒ ايضاً عليه في جعل محمد رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما ذكره الطحاوي رحمه الله تعالى ثم قال لأن الطحاوي رحمه الله تعالى ذكر هذه المسألة في مختصره و ذكر الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أبي يوسف رحمه الله تعالى ثم قال و لم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله تعالى و أنكر الرواية عن محمد رحمه الله تعالى أصلا و مع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن محمداً مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى فيما ذكره الطحاوي رحمه الله تعالى قلت (١) لا وجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاويؒ على أن محمداً رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنفؒ وغيره (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا ترد اليمين على المدعي) و قال (٢) مالك و الشافعي و أحمد رحمهم الله في رواية ترد و قول أحمد رحمه الله تعالى في الظاهر كقولنا (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (البينة على المدعي و اليمين على من أنكر) هذا

---

(١) قلت الخ و فيه نظر لأن الذى أنكر فيه الأترازىؒ على المصنفؒ انما هو إسناد المصنفؒ رواية كون محمد رحمه الله تعالى مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى إلى الطحاوى رحمه الله تعالى بناء على أن الطحاوى رحمه الله تعالى قد أنكر هذه الرواية عن محمد رحمه الله تعالى بالكلية فى مختصره فكيف يصح أنى يسندها المصنفؒ إليه و ليس الذى أنكر فيه الأترازىؒ على المصنفؒ صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله تعالى فى أصلها حتى يتمشى ما قاله العلام العينى رحمه الله تعالى من أن عدم وقوف الطحاوى رحمه الله تعالى علي هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها كذا فى النتائج. (٢) قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص ١٢٤ ج ١٢.

قسم و القسمة تنافي الشركة و جعل جنس الأيمان على المنكرين و ليس وراء الجنس شيء و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى

الحديث اخرجه (١) البيهقي رحمه الله تعالى في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم و دماء هم و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و روى الدارقطني رحمه الله تعالى (٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال البينة على المدعي و اليمين على من انكر وجه الاستدلال به ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله (قسم) أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين فجعل البينة على المدعي و اليمين على من أنكر (و القسمة تنافي الشركة و جعل) أي النبي ﷺ (جنس الأيمان على المنكرين و ليس وراء الجنس شيء) بيانه انه ذكر اليمين محلى بالألف و اللام و انه للجنس إذا لم يكن ثمة معهود و يقال جعل البينة حجة جنس المدعين و اليمين حجة المنكرين فتكون جميع الأيمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جمعيها على المنكرين فيكون ذلك نسخاً للحديث المشهور لأنه عمل به الأئمة و أنه لا يجوز بخبر الواحد و لا بالقياس (و فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى) و قد ذكرنا رد حجته و من معه في مسألة القضاء بشاهد و يمين و حجتهم حديث (٣) ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ

(١)أخرجه البيهقي رحمه الله تعالى في الدعوى و البينات باب البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه ص٢٥٢ ج١٠ من طريق عبد الله بن ادريس عن ابن جريج و عثمان بن الاسود عن أبي ملكية فذكر قصة المرأتين و قال فكتبت إلى ابن عباس رضي الله تعالى عنه فكتب إليّ أن رسول الله ﷺ قال فذكر الحديث و فيه: و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و هذه الزيادة ليست في "الصحيحين" و إسنادها حسن كذا قاله الحافظ رحمه الله تعالى في الفتح و في النيل: باسناد صحيح و في شرح مسلم للنوويّ باسناد حسن أو صحيح أقول ولنا أيضا ماروى عن الاشعث بن قيس رضي الله تعالى عنه قال كانت بيني و بين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال شاهداك أو يمينه أخرجه البخاري رحمه الله تعالى في المساقات باب الخصومة في البئر و القضاء فيها ص٣١٧ج١ و في الرهن باب إذا اختلف الراهن و المرتهن الخ ص٣٤٢ج١ و في الشهادات ص٣٦٧ج١ و مسلم رحمه الله تعالى في الأيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ص ٨٠ ج١.

(٢)روى الدارقطني رحمه الله تعالى في الأقضية ص٢١٨ ج٤ عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله تعالى عنه و عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه و في سندهما مسلم بن خالد الزنجي تكلم فيه غير واحد من الأئمة كذا في نصب الراية معزوا إلى التنقيح. (٣)حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه أخرجه مسلم رحمه الله تعالى في الأقضية ص ٧٤ ج٢ و أبوداود رحمه الله تعالى في القضاء باب القضاء باليمين و الشاهد ص١٥٢ ج٢ و ابن ماجة رحمه الله تعالى في الشهادات باب القضاء بالشاهد و اليمين ص١٧٣ و البيهقي رحمه الله تعالى في الشهادات باب القضاء باليمين مع الشاهد ص١٦٧ ج١٠ و الدارقطني رحمه الله تعالى في الأقضية عن محمد بن مسلم عن =>

....

قضى بيمين و شاهد و الجواب عنه من وجهين أحدهما أنه معلول بالإنقطاع لأن فيه عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه و قال الترمذي في علله الكبير سألت محمداً عن هذا الحديث فقال إن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس رضي الله عنه و قال ابن القطان في كتابه و هذا الحديث و إن كان مسلم رحمه الله قد أخرجه فى صحيحه عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس فهو يرمى بالانقطاع فى موضعين قال الترمذى رحمه الله تعالى قال البخارى رحمه الله تعالى عمرو بن دينار رحمه الله تعالى لم يسمع من ابن عباس رضى الله تعالى عنه هذا الحديث و قال الطحاوى رحمه الله تعالى قيس بن سعد لا نعلمه يحدث عن عمرو بن دينار بشئ. الوجه الثاني أن هذا الحديث على تقدير صحته لا يفيد العموم قال الإمام فخر الدين رحمه الله تعالى قول الصحابي نهى رسول الله ﷺ عن كذا و قضى بكذا لا يفيد العموم لأن الحجة في المحكي لا في الحكاية و المحكي قد يكون خاصاً و أيضاً فالقضاء له معان أقربها في هذا الموضع "فصل الخصومات" و هذا مما يتعين فيه الخصوص إذ لا يتأتى فيه الحكم بكل شاهد من النبي ﷺ إلى

=> عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه الحديث و قال الدارقطنى رحمه الله تعالى: خالفه عبد الرزاق و لم يذكر طاوسا و كذلك قال سيف عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه اه أقول و بالله التوفيق إن خبر القضاء بشاهد و يمين لم يتلقه الأمة بالقبول بل رده أجلة الفقهاء و المحدثين فى كل طبقة فهذا الزهرى يقول: هذا شئ قد أحدثه الناس هى بدعة و الزهرى من أعلم أهل المدينة فى وقته بالحديث و قضايا الخلفاء فلو كان هذا الخبر ثابتا واجب العمل عنده لم يخف مثله عليه و هو أصل كبير من أصول الأحكام و لم يقل إنه بدعة أحدثها الناس و هذا عطاء رحمه الله تعالى يقول: أدركت هذا البلد يعنى مكة (زادها الله تعالى شرفا) و ما يقضى فيه في الحقوق إلا بشاهدين حتى كان عبد الملك بن مروان و هذا عمر بن عبد العزيز ترك العمل به بعد ما كان يقضى به و قال: إنا وجدنا الناس على غير ذلك و نهى عامله أن يقضى إلا بشهادة رجلين أو برجل و إمرأتين و هذا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قد أبى أن ياخذ باليمين مع الشاهد وكل ذلك منقول بأسانيد صحاح و هذا ابن شبرمة و كافة علماء العراق قد تركو العمل به و كذا أهل الشام لم يعملوا به و قال ابن معين رحمه الله تعالى فى حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه الذى هو أمثل ما ورد فى الباب إسنادا: انه ليس بمحفوظ و صنيع البخارى رحمه الله تعالى فى صحيحه يدل على أنه لم يذهب إلى حديث القضاء بشاهد و يمين لأنه ذكر فى باب اليمين على المدعى عليه قوله ﷺ: "شاهداك أو يمينه" و قصة رد ابن شبرمة على أبى الزناد قوله بشهادة الشاهد و يمين المدعى بنص الكتاب ثم أسند عن ابن عباس رضى الله تعالى أن النبى ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه يشير بكل ذلك إلى الرد على المالكية و الشافعية و الحنابلة و أهل الظاهر القائلين بالحكم بشاهد واحد و يمين المدعى و العجب من الحافظ أنه كيف سكت فى الفتح عن ذكر إشارته هذه و صنيعه كالصريح فى ذلك هذا ملخص ما فى الاعلاء ص ٣٦١ ج ١٥.

قال و لا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق

قيام الساعة بل إنما يقضي بشاهد خاص فإن قلت روى (١) سهل بن أبي حثمة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال للأنصار تبرئكم يهود بخمسين يميناً فقالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار فقال رسول الله ﷺ ا تحلفون فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم فهذا رسول الله ﷺ جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعى عليهم فعلم أن رد اليمين جائز و الجواب (٢) أنه لا دليل فيه للخصم لأنه عليه الصلاة و السلام قال ذلك على سبيل الإنكار عليهم بدليل أن اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي إلا بعد أن يمتنع المدعى عليه و اليهود لم يمتنعوا من اليمين و إنما قالت الأنصار لا نرضى بأيمانهم فدل على أن الكلام خرج على وجه الإنكار (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالمطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب بأن يقول هذا ملكي و لا يقول هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي و لا بالإثبات و قيد الملك بالمطلق احترازاً عن الملك المقيد بدعوى النتاج و عن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد و احدهما قابض و بما إذا ادعيا الشراء من اثنين و أرخا و تاريخ ذى اليد اسبق فإن فى هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع فإن قلت أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد و هو مدعي عليه قلت نعم لأن قبولها من حيث ما ادعي من زيادة النتاج و القبض و سبق التاريخ

(١)روى الخ أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الديات باب القسامة ص١٠١٨ ج٢ و مسلم رحمه الله تعالى في القسامة و المحاربين و القصاص و الديات باب القسامة ص ٥٤ ج٢ و اللفظ له من طريق يحي و هو ابن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة رضى الله تعالى عنه قال يحي و حسبت قال (أى بشير) و عن رافع بن خديج رضى الله تعالى عنه أنهما قالا خرج عبد الله بن سهل بن زيد و محيصة بن مسعود بن زيد رضى الله تعالى عنهما حتى إذا كانا بخيبر تفرقا فى بعض ما هنالك ثم اذاً محيصة رضى الله تعالى عنه يجد عبد الله بن سهل رضى الله تعالى عنه قتيلا فدفنه ثم أقبل إلى رسول الله ﷺ هو و حويصة بن مسعود و عبد الرحمن بن سهل رضى الله تعالى عنهم و كان أصغر القوم فذهب عبد الرحمن رضى الله تعالى عنه ليتكلم قبل صاحبيه فقال له رسول الله ﷺ كبر الكبر فى السن فصمت و تكلم صاحباه و تكلم معهما فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل رضى الله تعالى عنه فقال لهم اتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم قالوا و كيف نحلف و لم نشهد قال فتبرئكم يهود بخمسين يمينا قالوا و كيف نقبل أيمان قوم كفار فلما رآى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عقله. (٢)و الجواب الخ و فى الجوهر النقى: فان احتج الشافعى رحمه الله تعالى فى رد اليمين بحديث القسامة يقال: أنت تزعم أن القسامة مخالفة لغيرها فان عندك أن رسول الله ﷺ بدأ بأيمان المدعين ثم ردها منهم إلى المدعى عليهم و عندك فى غيرها لا يحلف المدعى إلا إذا أبى المدعى عليه فكيف احتججت بها فيما لا يشبهها بزعمك فكما لا تجوز أن يقضى للمدعى بلا بينة و لو حلف خمسين يمينا فكذا فى رد اليمين بعد نكول المدعى عليه اه.

و بينة الخارج أولى و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيقوى (١) الظهور و صار كالنتاج و النكاح و دعوى الملك مع الإعتاق أو الاستيلاد أو التدبير و لنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك

فهو من تلك الجهة مدع و البينة للمدعي فإن قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه قلت لا لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة و ههنا لم يعجز (و بينة الخارج أولى) يعنى إذا تعارضت بينة الخارج و بينة ذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعياً (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقضى ببينة ذي اليد) و به قال مالك رحمه الله تعالى و القاضي من أصحاب أحمد رحمه الله تعالى و قول (٢) أحمد رحمه الله تعالى كقولنا (لاعتضادها باليد) أي لتقوية البينة باليد إذ اليد دليل الملك (فيقوي الظهور) أى ظهور المدعى لأن بينة الخارج أكثر إثباتاً (وصار) أي صار حكم هذه المسألة (كالنتاج) أى كحكم مسألة النتاج بأن أقاما بينة على نتاج دابة و هى فى يد أحدهما يقضى لصاحب اليد (و النكاح) بأن تنازعا فى نكاح امرأة و أقاما البينة على ذلك و هى في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد بالإجماع (و دعوى الملك مع الاعتاق) بأن يكون عبداً في يد رجل أقام الخارج بينة أنه عبده اعتقه و أقام ذو اليد بينة انه أعتقه و هو يملكه فبينة ذي اليد اولىَ (أو الاستيلاد) بأن تكون أمة فى يد رجل فاقام كل واحد من الخارج و ذى اليد البينة انها أمته استولدها فبينة ذي اليد اولى (أو التدبير) بأن يكون عبد فى يد رجل فاقام كل واحد منهما البينة أنه عبده دبره فبينة ذى اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً) أى فى علم القاضى (أو اظهاراً) يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع (لأن قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذى اليد إذ اليد دليل مطلق الملك) ألا يرى أن من رأى شيئا فى يد انسان جاز له أن يشهد بأنه ملكه فبينة ذى اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك و تظهره و ما هو أكثر إثباتاً فى البينات فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه فإن قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك و لا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد و انما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعي عليه و إثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذى اليد مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت و

---

(١) فيقوى. ن. فيتقوى. (٢) قول احمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص ١٦٧ ج ١٢.

بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه و كذا على الاعتاق و أختيه و على الولاء الثابت بها قال و إذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول و الزمه ما ادعى عليه و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة و الترفع عن الصادقة و اشتباه الخال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال و يمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه و لنا أن النكول

التأسيس أولى من التأكيد (بخلاف النتاج فإن اليد لا تدل عليه) فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح إحداهما باليد (و كذا على الاعتاق و اختيه) أي و كذا اليد لا تدل على الإعتاق و أختيه و هما التدبير و الاستيلاد فتعارضت بينة الخارج و ذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد (و على الولاء الثابت بها) أى بالاعتاق و الاستيلاد و التدبير و معناه أن البينتين في الاعتاق و اختيه تدلان على الولاء إذ الولاء حاصل للعبد بتصادقهما و هما قد استويا في ذلك و ترجح صاحب اليد بحكم يده ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً أو عبداً أو حراً أو امرأة أو رجلا و المدعي عليه كذلك و المدعي به كذلك أي مال كان (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا نكل المدعي عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول (و ألزمه ما ادعى عليه) أي ألزم القاضي المدعى عليه ما ادعي عليه المدعي و في بعض النسخ و لزمه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقضى به) أى بالنكول (بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضى به) أي إذا حلف المدعي يقضى له بما يدعيه و في التفريع للمالكية و إذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة فاذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه و برىء فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول و حلف المدعي على ما ادعاه و استحق ما ادعاه بيمينه و نكول خصمه فإن لم يحلف يحكم له بشيء انتهى و روى عن أحمد رحمه الله تعالى أنه قال إذا نكل المدعى عليه حبسته أبداً حتى يحلف فيبرأ أو يقر فيحكم عليه و بقولنا قال سعيد الثوري (لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة و الترفع عن الصادقة) أي عن اليمين الصادقة (و اشتباه الخال) يعني و يحتمل أن يكون الحال مشتبها عليه بأن لا يدري انه صادق في الانكار فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع (فلا ينتصب) أي نكول المدعى عليه (حجة مع الإحتمال و يمين المدعي دليل الظهور) أى ظهور كون المدعي محقا (فيصار اليه) أى فيرجع إلى يمين المدعى (و لنا أن النكول) أي نكول المدعى عليه

دل على كونه باذلاً أو مقراً إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب و دفعاً للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب و لا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه قال و ينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن حلفت و إلا قضيت عليك بما ادعاه و هذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء قال فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضي عليه بالنكول و هذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله تعالى لزيادة الإحتياط و المبالغة في إبلاء العذر فأما المذهب أنه لو قضى

(دل على كونه باذلاً) أي دل على كون المدعى عليه باذلا إن كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى (أو مقراً) أي على كونه مقرا إن كان النكول إقرارا كما هو مذهبهما (إذ لولا ذلك) أي لولا كونه باذلاً أو مقراً (لأقدم على اليمين) الصادقة (إقامة للواجب) و هو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله ﷺ و اليمين على من انكر وكلمة على للوجوب (و دفعاً للضرر عن نفسه) و هو بذل المال (فيترجح هذا الجانب) أي جانب كون الناكل باذلاً أو مقراً على الوجه المحتمل و هو كونه متورعاً أو نحو ذلك (و لا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه) إشارة إلى قوله و لا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و في المبسوط و الأسرار مذهبنا مؤيد باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك فإن قيل كيف يكون إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم و قد روى عن علي رضي الله تعالى عنه أنه حلف المدعي بعد نكول المنكر قلت و روي شريح أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك إليه سبيل و قضي بالنكول بين يدي علي رضي الله تعالى عنه فقال له علي رضى الله تعالى عنه قالون و هو بلغة أهل الروم أصبت (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و ينبغي للقاضي أن يقول له) أي للمدعى عليه (إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً فان حلفت) أى إن حلفت خلصت أو تركتك (و إلا قضيت عليك بما أدعاه) أي المدعي (و هذا الإنذار لإعلامه بالحكم) أي الحكم بالنكول (إذ هو موضع الخفاء) لأن القضاء بالنكول مجتهد فيه فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول (قال) أى القدوريّ (فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول و هذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله تعالى) لأن التكرار ليس بشرط على ما ذكره في الأصل بل إذا قضى بالنكول مرة جاز و إنما ذكره الخصاف رحمه الله تعالى (لزيادة الاحتياط و المبالغة في إبلاء العذر) فصار كامهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب لا واجب (فأما المذهب أنه لو قضى

بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح و الأول أولى ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف و قد يكون حكيماً بأن يسكت و حكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس

بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) إشارة إلى ما ذكر أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً كذا قاله الأترازي و الكاكي و الأكمل رحمهم الله تعالى و قال تاج الشريعة قوله لما قدمنا يعني أنه لولا كونه باذلا أو مقراً لأقدم على اليمين إقامة للواجب (هو الصحيح) قال الأترازي رحمه الله تعالى إحتراز (١) عن قول الخصاف رحمه الله تعالى فانه يشترط التكرار و قال (٢) الأكمل إحتراز عن ما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ و هذا هو الأوجه (و الأول أولى) أي ما ذكره الخصاف أولى كما في الإمهال للمرتد فان قتل بلا إمهال جاز و في الكافي و التقدير بالثلاث في عرض اليمين لازم في المروى عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و به قال أحمد رحمه الله تعالى و الجمهور على أنه للإحتياط و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى (ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف و قد يكون حكمياً بأن يسكت و حكمه) أى حكم الثانى و هو الحكمى (حكم الأول) و هو الحقيقى و به قالت الثلاثة (إذا علم أنه لا آفة به) أى بالمدعى عليه (من طرش) بفتح الراء من طرش يطرش طرشاً من باب علم أي صار أطروشاً و هو الأصم و الطرش (٣) أهون من الصمم (و خرس) بفتح الراء و هو آفة باللسان تمنع الكلام أصلا

(١)احتراز عن قول الخصاف رحمه الله تعالى الخ أقول هذا ليس بشرط صحيح فان المصنف بعد ما صرح بأن الخصاف رحمه الله تعالى ذكر التكرار لزيادة الاحتياط و المبالغة فى إبلاء الاعذار كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله كذا فى النتائج. (٢)قال الاكمل رحمه الله تعالى فى العناية. (٣)الطرش الخ و فى تاج العروس: الطرش محركة أهون الصمم و قيل هو الصمم أو هو مولد قاله الجوهرى و ابن دريد قال و قال أبو حاتم لم يرضوا باللكنة حتى صرفوا له فعلا فقالوا طرش كفرح طرشا قال ابن عباد و به طرشة بالضم و قوم طرش (بالضم فالسكون) قال غيره الأطروش بالضم الأصم و قال الصاغانى تطارش تصام و تطرش الناقة من المرض إذا قام و قعد مثل ابرغش و تطرش بالبهم اختلف بها قال شيخنا أنكر أبو حاتم هذه المادة و وافقه جماعة و قالوا لا أصل للأطروش و لا للطرش فى كلام العرب و قال المعرى فى عبث الوليد الأطروش يقول بعض أهل اللغة لا أصل له فى العربية قال و قد كثر فى كلام العامة جدا و صرفوا منه الفعل فقالوا طرش الخ ثم قال و أطروش كلمة عربية و يمكن أن من أنكره لم تقع إليه هذه اللغة و أطال فى ذلك و نقل كلام ابن درستويه ان كلام العرب واسع و أن العربية لا يحيط بها إلا نبى قال شيخنا قلت و الصواب ثبوتها فى الكلام و ما نسبه لابن درستويه قد قاله الامام الشافعى و نقله ابن فارس وغيره و مما يستدرك عليه الأطرش بالضم الأصم هكذا وقع فى بعض نسخ يعقوب و طريش كزبير علم نسب إليه بعض العصريين اه.

هو الصحيحقال و إن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي و لا يستحلف عنده في النكاح

(هو الصحيح) أشار به إلى اختلاف الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه و لم يقل لا أحلف فقال بعض أصحابنا إذا سكت المدعى عليه سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا و قضى عليه و منهم من قال يجس حتى يجيب و الأول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع و في الفصول لو كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة و اليمين عند القاضي قاطعة لها و لو قال المدعي إن حلف المدعى عليه فأنا برىء أو قال فدعواه باطلة لا تبطل دعواه حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تقبل بينته و في المبسوط (١) بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم و لسنا نأخذ بذلك و إنما ناخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فانه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه و به قالت الثلاثة و في النوازل لو ادعى دواعي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء لكن جمعها في يمين واحدة و في التتمة لو ادعى ديناً في التركة وصلت في يد هذا يحلف واحدة بالله ما وصل اليه شيء من التركة و لا يعلم أن له ديناً على أبيه و قيل يحلف يمينين على الوصول على البتات و على الدين على العلم و به قال عامة المشايخ و أجمعوا أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه و لا أبرأه و إن لم يدع الخصم و لا يعلم فيه خلاف (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) يعنى ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها و انكرت المرأة و بالعكس فلا (٢) استحلاف فيه عنده (و لا يستحلف (٣) عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي (في النكاح) سواء كان الرجل

(١)المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص١١٩ ج١٦. (٢)فلا استحلاف الخ أقول و إذا لم يستحلف فى النكاح عنده فلا يخلو إما أن يكون المدعى له الزوج أو المرأة فان كان الزوج و قال أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعا سواها فان القاضى لا يمكنه من ذلك لأنه أقر أن هذه إمرأته فيقول له إن كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعا سواها و إن كانت الدعوى من المرأة فعنده لو قالت إنى أريد أن أتزوج فان القاضى لا يمكنها من ذلك لأنها قد أقرت أن لها زوجا فلا يمكنها التزوج بآخر فان قالت ما الخلاص عن هذا و قد بقيت فى عهدته أبد الدهر و لا بينة لى و هذه تسمى عهدة أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يقول القاضى للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضى عليه فان قال الزوج لو طلقتها لزمنى المهر فلا أفعل ذلك يقول القاضى له قل لها إن كنت إمرأتى فأنت طالق فتطلق لو كانت إمرأته و إلا فلا و لا يلزمه شئ فان أبى أجبره القاضى فان فعل تخلص عن تلك العهدة كذا فى البدائع. (٣)و لا يستحلف الخ و فى الخانية أنه لا استحلاف فى إحدى و ثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه و بعضها متفق عليه و ذكر الثنتين أخريين فى الخلاصة و زادستة أخرى فى البحر و زاد أربعة عشر فى تنوير البصائر حاشية الأشباه و النظائر و لو لا خشية التطويل لأوردتها كلها.

و الرجعة و الفيء في الإيلاء و الرق و الاستيلاد و النسب و الولاء و الحدود و اللعان و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود

مدعياً أو المرأة (و الرجعة) أي و لا يستحلف أيضاً في الرجعة بأن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة و هي تجحد أو ادعت هي كذلك و هو يجحد (و الفيء في الايلاء) أي و لا يستحلف في الفيء في الإيلاء أيضاً بأن ادعى بعد مضي مدة الإيلاء أنه كان فاء اليها في المدة و هي تجحد أو ادعت المرأة كذلك و هو يجحد (و الرق) أي و لا يستحلف أيضاً في الرق بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده و أنكر المجهول أو بالعكس (و الاستيلاد) أى و لا يحلف أيضا فى الاستيلاد بأن ادعت أمة على مولاها أنها ولدت منه ولدا و أنكر المولى و لا يتصور العكس من قبله عليها لأن الاستيلاد يثبت باقراره (و الولاء (١)) أي و لا يستحلف في الولاء ايضاً بأن ادعى على مجهول النسب انه معتقه و أنكر المجهول أو بالعكس (و النسب (٢)) أي و لا يستحلف ايضاً في النسب بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده و أنكر المجهول أو بالعكس و أنكر الآخر (و الحدود و اللعان) أي و لا يستحلف أيضاً فيهما أما الدعوى في الحد بأن قال رجل لآخر لي عليك حد قذف و هو ينكر لا يستحلف بالإجماع لأنه يندرئ بالشبهات إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا و قال ان زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى و لا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيدؒ في أدب القاضي و قال القدوري رحمه الله تعالى في شرح كتاب الاستحلاف و قد قالوا انه يستحلف في التعزير لأنه في حكم الأموال و لهذا يصح فيه العفو و الإبراء و قال القدوريؒ فيه أيضاً قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و اذا تعلق بهذه الاشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال و إن كان لا يستحلف في سببه كالمرأة إذا ادعت النكاح و المهر و الرجل إذا ادعى النسب و النفقة أما الدعوى في اللعن بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً يوجب اللعان و أنكر الزوج لا يستحلف بالإجماع فانه في معنى الحد (و قال (٣) أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود

(١)الولاء أطلق فى الولاء فشمل ولاء العتاقة و ولاء الموالاة كما فى البحر معزوا إلى الكافى. (٢)النسب و فى المنظومة: و ولاد قال فى الحقائق: لم يقل و نسب لأنه إنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت باقراره كالأب و الابن فى حق الرجل و الأب فى حق المرأة ابن كمال كذا فى الشامية. (٣)قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ اختار الامام فخر الدين قاضيخان و فخر الاسلام على البزدوى رحمهما الله تعالى قولهما للفتوى و اختار المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله تعالى على أن القاضى ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما و إن رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى و فى الولوالجية: الفتوى على قولهما و هو اختيار الفقيه أبى الليثؒ كذا فى البحر.

و اللعان و صورة الإستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد مولاي و هذا ابني منه و أنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الإستيلاد بإقراره و لا يلتفت إلى إنكارها لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه فكان إقراراً أو بدلاً عنه

و اللعان) فلا يستحلف فيهما بالإجماع كما ذكرنا و بقولهما قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى لكن عنده يجري في حد القذف و القصاص و لا يجري في الحدود الخالصة و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى يجري التحليف فيما لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية يجري في القصاص وحد القذف و الطلاق و العتاق (و صورة الإستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد مولاي و هذا ابني منه و أنكر المولى لأنه لوادعى المولى ثبت الإستيلاد باقراره و لا يلتفت إلى انكارها) و إنما ذكر صورة الاستيلاد فقط لأن في الباقي من صور المتنازع فيه الدعوى من الجانبين سوى هذه الصورة و قد مر الكلام فيه (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا فى الانكار على ما قدمناه) يعنى قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب و دفعاً للضرر عن نفسه (فكان) أي النكول (إقراراً أو بدلاً) بفتح الدال المهملة أي خلفاً (عنه) أي عن الإقرار و هذا في الحقيقة جواب عن شبهات ترد على كون النكول إقرارا عندهما أحدها رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقى ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع و نكل عن اليمين و رد عليه ثم خاصمه فى النصف الباقى فانكر لم يلزمه و يستحلف عليه و لو جعل النكول إقراراً من كل وجه للزمه النصف الأول بنكوله في المرة الاولى كما لو أقر في تلك المرة و أجيب بأن النكول ليس باقرار في نفسه و لكن يجعل مقام الإقرار بوجوب قطع الخصومة بالاقرار أو اليمين و انما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة على الخصوص فكان كالإقرار في المرة الاولى لا في الثانية. الشبهة الثانية الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع و استحلف فنكل فإنه يلزم الموكل و لو جعل إقراراً للزم الوكيل في الإقرار به و أجيب بأنه و إن كان كالإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له و الموكل ادخله فيه فعليه خلاصه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل يضمن و يرجع به على الموكل أما إذا أقر فهو شئ لزمه باختياره الإقرار فإنه كان يتفصى عن عهدة الدعوى بالسكوت و النكول كما إذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان و لا يرجع به على الموكل. الشبهة الثالثة هي ما إذا كفل بما وجب على فلان فادعى المكفول له مالاً على فلان

---

(١)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص ٢٠٠ ج١٣.

و الإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة و الحدود تندرئ بالشبهات و اللعان في معنى الحد و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لأن معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود و إنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار و البذل لايجري في هذه الأشياء و فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب و العبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة

فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل و لو كان النكول اقراراً يقضى به على الكفيل كما لو أقر و أجيب أن أبا يوسف و محمد رحمهما الله يقولان إن النكول بدل الإقرار في قطع الخصومة لأنه يكون إقرارا حقيقة و لهذا لا يثبت المدعي بنفس النكول بخلاف الإقرار كذا في المبسوط وغيره (و الإقرار يجرى في هذه الأشياء) المذكورة (لكنه إقرار فيه شبهة) هذا جواب من يقول لو كان النكول إقرارا ينبغي أن يجب الحد فأجاب بقوله لكنه أى لكن النكول إقرار فيه شبهة (و الحدود تندرئ بالشبهات و اللعان في معنى الحد) لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج و قائم مقام حد الزنا في حق المرأة و قد مر ذلك في اللعان (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي أن النكول (بذل (١)) و اباحة و هذه الحقوق لا يجري فيها البذل و الاباحة فلا يقضى فيها بالنكول (لأن معه) أي مع البذل (لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود) و لا تبقى لليمين فائدة (و إنزاله باذلاً أولى) من إنزاله مقرا حملا لحاله على الصلاح (كي لا يصير كاذباً في الإنكار) السابق لأنه كان أنكر أولاً فلا يظن به الكذب فجعل باذلا (و البذل لا يجري في هذه الأشياء) أي الأشياء المذكورة التي لا يستحلف فيها فإذا كان كذلك لا يقضى فيها بالنكول فانه إذا قال مثلا أنا حر و هذا الرجل يؤذيني فدفعت اليه نفسي أن يسترقني أو قال أنا ابن فلان و لكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي أو قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي و أبحت له الامساك لا يصح (و فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) يعني أن البذل فيها لا يجري ففات فائدة الاستحلاف لأن فائدته القضاء بالنكول و النكول بذل و البذل فيها لا يجري (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة (إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب و العبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب عن سؤال مقدر و هو أن يقال إن النكول لو كان بذلاً ينبغي أن لا يملكه المكاتب و العبد المأذون لأن فيه معنى التبرع و هما لا يملكانه و تقدير الجواب انهما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي و إن كانا لا يملكانه بانفراده كالضيافة اليسيرة منهما لأنها من توابع التجارة

---

(١)بذل و في الظهيرية: تفسير البذل عنده ترك المنازعة و الاعراض عنها كذا في البحر.

و صحته في الدين بناء على زعم المدعي و هو يقبضه حقاً لنفسه و البذل معناه ههنا ترك المنع و أمر المال هين قال و يستحلف السارق فإن نكل ضمن و لم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان و يعمل فيه النكول و القطع و لا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه (١) رجل و امرأتان قال و إذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول.

(و صحته) أى صحة البذل (فى الدين بناء على زعم المدعي) هذا أيضا جواب عن سؤال مقدر تقريره بأن يقال لو كان النكول بذلا لم يصح القضاء بالنكول في الدين لأن البذل لا يتحقق فيه لأن الدين وصف ثابت في الذمة و البذل لا يجرى فيه و تقرير الجواب أن صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي (و هو يقبضه حقاً لنفسه) تقرير هذا أن البذل إن لم يصح في الدين فإما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه و إن كان الثاني و هو قوله (و البذل معناه ههنا) أي في الدين (ترك المنع) و جاز له أن يترك المنع (و أمر المال هين) جواب عما يقال فهلا جعل ايضاً في الاشياء السبعة المذكورة تركاً للمنع فأجاب بأن أمر المال هين أى اسهل لأن المال خلق في الأصل مباحاً مبذلا لمصالح الناس فيجرى فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان أمرها ليس بهين حيث لا يجرى فيها الاباحة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و يستحلف السارق) يعني إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فجاز أن يثبت بالنكول (فإن نكل ضمن و لم يقطع) و لا خلاف فيه و قال القدوري رحمه الله تعالى في شرح كتاب الاستحلاف قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى شيء من الحدود لا في الزنا و لا في السرقة و لا في القذف و لا شرب الخمر و لا السكر إلا أنه طالب المسروق منه ضمان المال استحلف فإن نكل عن اليمين ضمنه المال و لم يقطعه (لأن المنوط بفعله) أي لأن المتعلق بفعل السارق (شيئان) أحدهما (الضمان) أي ضمان المال (و يعمل فيه النكول) يعني يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل و يثبت بما فيه شبهة (و القطع) أى و الثاني القطع (و لا يثبت به) أي لا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل في الحدود و لا يثبت بما فيه شبهة الإقرار (فصار) أى حكم هذا (كما إذا شهد عليها) أي على السرقة (رجل و امرأتان) حيث يثبت المال و لا يثبت القطع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول) و فائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت

(١)عليه أى على السارق. ن. عليها أى على السرقة.

استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الإستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال و كذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله و لايثبت النكاح و كذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث و الحجر في اللقيط و النفقة و امتناع الرجوع في الهبة

بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه هذا قاله الكاكي رحمه الله تعالى و قال (١) الأكمل رحمه الله تعالى فيه نظر لأن الاطلاق يغني عن ذلك و ليس فيه توهم التقييد بذلك (استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال و كذا في النكاح) أي و كذا يجري الاستحلاف إذا كان دعوى المال في النكاح و هو معنى قوله (إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله) أى بنكول الزوج) و لا يثبت (٢) النكاح) لأن البذل يجري في المال دون النكاح فان قلت وجب أن يثبت النكاح ايضاً لأنه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما ذكرنا (و كذا فى النسب) أي و كذا يستحلف في النسب بالاجماع (إذا ادعى حقاً كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل آخر انه أخو المدعي عليه مات ابوهما و ترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ و إن نكل يقضى بالمال دون النسب (و الحجر في اللقيط) بأن ادعت إمرأة حرة الأصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد ملتقط أنه أخوها و أنها أولى بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها الحجر دون النسب (و النفقة) بأن ادعى النفقة بسبب الأخوة و هو زمن فانكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع فان حلف برئ و إن نكل يقضي بالنفقة و لا يقضى بالنسب (و امتناع الرجوع في الهبة) صورته أن الواهب اراد الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنا اخوك فلا رجوع لك فالواهب يستحلف فان نكل ثبت الإمتناع من الرجوع و

(١)قال الأكمل فيه نظر الخ أقول فى نظره بحث فانه لو أطلق ربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الأولوية فانه استحلف قبل تأكد المهر فبعده أولى كما لا يخفى كذا فى السعدية. (٢)و لايثبت النكاح فان قيل يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم أقول إن ثبوت المهر فى الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه و أما ثبوته عند القاضى فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده ظهوره له إذ قد مر أن الحجج الشرعية مثبتة فى علم القاضى مظهرة فى الواقع و لا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الاول دون الثانى كما فيما نحن فيه فالذى يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضى بدون ثبوت النكاح عنده و لا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت و قس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به فى الكتاب فان ما ذكرناه مخلص فى الجميع كذا فى النتائج.

لأن المقصود هذه الحقوق و إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب و الإبن في حق الرجل و الأب في حق المرأة لأن في دعواها الإبن تحميل النسب على الغير و المولى و الزوج في حقهما

لايثبت النسب (لأن المقصود هذه الحقوق) هذا دليل للمجموع أي لأن المقصود في الصور المذكورة هذه الحقوق دون النسب المجرد فعند النكول تثبت هذه الحقوق و لا يثبت النسب لأن (١) فيه تحميله على الغير و هو لا يجوز (و إنما يستحلف في النسب المجرد) قيد به إحترازاً عما هو مقرون بدعوى المال فانه يثبت المال و لا يثبت النسب (عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا كان يثبت بإقراره) أى إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فان النكول عندهما إقرار (كالأب و الإبن في حق الرجل) فانه إذا أقر بالأب و الابن يصح إقراره و يثبت نسب المقر له منه بمجرد إقراره (و الأب في حق المرأة) فانها إذا أقرت بالأب يصح إقرارها و يثبت نسب المقرله منها بمجرد اقرارها و أما لو أقرت بالابن فلا يصح إقرارها و لايثبت نسبه منها (لأن في دعواها الابن) أي في إقرارها به (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز حاصله أنه يصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين و الزوج و المولى و لا يصح بالولد لما قلنا و إقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين و الولد و الزوجة و المولى لأنه أقر بما يلزمه و ليس فيه تحميل النسب على الغير و لا يصح إقراره بما سواهم (و المولى و الزوج في حقهما) أي في حق الرجل و المرأة و هو متعلق بقوله و المولى و الزوج جميعاً لأن اقرار الرجل و المرأة بالمولى و الزوج يصح و قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى في مبسوطه الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب إذا انكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعاً لأن اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلاً أو إقراراً فيقضي

---

(١)لأن فيه الخ كذا قاله العلامة الاكملؒ فى العناية أقول فى تعليله نظر لأن تحميل النسب على الغير لا يلزم فى المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما إذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة و نحوها و أما فيما إذا كان مما يثبت بالاقرار كالأبوة و البنوة فلا و المسائل المذكورة تعم الصورتين معا ألا يرى أن المدعى فى صورة النفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبى فان المسألة بحالها و كذا الحال فى صورة امتناع الرجوع فى الهبة و كذا المدعية فى صورة الحجر فى اللقيط إذا قالت إن الصبى ابنها فان المسألة بحالها أيضا و كان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى و ههنا علل أخرى غير تامة فبالجملة لم يظهر لقول المصنفؒ لأن المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر فى أن صاحب الكافىؒ لم يذكر قول المصنفؒ هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنفؒ فى أمثاله كذا فى النتائج.

قال و من ادعى قصاصاً على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه (١) القصاص و إن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص و يجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ و الولي يدعي العمد و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال

عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعاً و إن كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به و اذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسألة على الإختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يستحلف فإن حلف برئ عن الدعوى و إن نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و من ادعى قصاصاً على غيره فجحده) و ليس للمدعى بينة (استحلف) أى المدعى عليه (بالإجماع) و لا خلاف فيه (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص) فى العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قال الشافعى و مالك رحمهما الله بعد حلف المدعي و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و إن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر و هذا) أي الذي ذكر من أن النكول فيما دون النفس و النكول في النفس (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله (لزمه الأرش فيهما) أي لزمه المال في النفس و الطرف جميعاً و هذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو في معنى البذل و عندهما في معنى إقرار فيه شبهة لأنه لم يصرح بالإقرار و هو معنى قوله (لأن النكول إقرار فيه شبهة) أي شبهة البدلية أو شبهة الانكار (عندهما) أى عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (فلا يثبت به القصاص و يجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من عليه القصاص قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص و لا المال ايضاً كما إذا أقام مدعي القصاص رجلا أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء لأن الحجة قامت بالقصاص و لكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شئ و نظيره ما أشار إليه المصنفّ بقوله (كما إذا أقر بالخطأ و الولي يدعي العمد) فانه يجب فيه المال و بعكسه لا يجب فيه شئ (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لأنها

(١)يلزمه. ن. لزمه.

فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس فإنه لو قال إقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان و هذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة و هذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة و قلع السن للوجع و إذا امتنع القصاص في النفس و اليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال و إذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه

خلقت وقاية للنفس كالأموال فإذا كانت كذلك (فيجرى فيها) أى فى الأطراف (البذل) كما يجرى في الأموال (بخلاف الانفس) حيث لا يجري البذل فيها و أوضح ذلك بقوله (فانه لو قال) أي فإن أحداً لو قال لآخر (إقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان) أى على القاطع (و هذا) أي عدم وجوب الضمان (إعمال للبذل) و هو بذل مفيد لكونه دافعاً للخصومة (إلا أنه لا يباح) جواب إشكال و هو أن يقال لو كانت الاطراف كالاموال ينبغي أن يباح القطع بالبذل كما يباح المال بالبذل فأجاب بأنه لا يباح القطع (لعدم الفائدة) فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال للغير احرق ثوبي بالنار أو ألق مالى فى البحر (و هذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة) على وزن الفاعلة و هي قرحة غائرة في البدن كثيرة العفن و سببها دم فاسد عفن يستحيل إلى السواد و أول علاجها إستفراغ الخلط السوداوي (و قلع السن للوجع) عطف على قوله قطع اليد للآكلة فإن القطع ههنا مفيد فلو قطعه لا يجب عليه شيء بخلاف القطع للسرقة فان القطع فيها خالص حق الله تعالى فلا يثبت مع الشبهة (و إذا امتنع القصاص في النفس) لكونه حقالله تعالى خالصاً و لا يجري البذل في حقوقه (و اليمين حق مستحق عليه يحبس به) أي يحبس الناكل بحق اليمين قاله الكاكيّ و قال الأترازي رحمه الله تعالى بالحق المستحق (كما في القسامة) فانهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا (١) (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه

(١)أو يحلفوا. و فى الخانية: ثم فى كيفية التحليف فى القتل روايتان فى رواية يستحلف على الحاصل بالله ماله عليك دم ابنه فلان و لا دم عبده فلان و لا دم وليه فلان و لا قبلك حق بسبب هذا الدم الذى يدعى و فى رواية يحلف على السبب بالله ما قتلت فلان بن فلان ولى هذا عمداً و فيما سوى القتل من القطع و الشجة و نحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ما له عليك قطع هذه اليد و لا له قبلك حق بسببها و كذلك فى الشجاج و الجراحات التى يجب فيها القصاص و إذا ادعى قتل أبيه خطأ أو ولياً له أو قطع يده أو شجه خطأ إذا ادعى شيئا فيه دية أو أرش يستحلف بالله ما لفلان عليك هذا الحق الذى يدعى من الوجه الذى ادعى و لا شئ منه و يسمى الدية و الأرش عند اليمين لأنه ادعى مالاً فيحلف على الحاصل كما فى سائر الأموال و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى كل حق يجب على غير المدعى عليه كالدية فى الخطأ يحلف على السبب بالله ما قتلت ابن فلان هذا و فى الشجة بالله ما شججت هذا هذه الشجة التى يدعى و كل جناية يجب فيها الأرش أو الدية على المدعى عليه يستحلف كما يستحلف فى القصاص اه.

أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه و الكفالة بالنفس جائزة عندنا و قد مر من قبل و أخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظراً للمدعي و ليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه و هذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه و يحال بينه و بين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره و التقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الصحيح و لا فرق في الظاهر بين الخامل

أعطه كفيلا (١) بنفسك ثلاثة أيام (٢) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه) أي حق المدعي (و الكفالة بالنفس جائز عندنا) خلافا للشافعي رحمه الله تعالى (و قد مر من قبل) أي قد مر جواز الكفالة بالنفس في أول كتاب الكفالة (و أخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) و قد اختلف السلف في أخذ الكفيل روى عن قتادة و الشعبي رحمهما الله تعالى أنه لا يجوز و روى عن ابراهيم النخعيّ أنه يجوز و هذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا و القياس أن لا يجوز لأن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق و وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن فيه) أي في أخذ الكفيل (نظراً للمدعي و ليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور مستحق عليه) أي على المدعى عليه (بمجرد الدعوعى حتى يعدى عليه) بلفظ المجهول من الإعداء يقال استعدى فلان الأمير علي من ظلمه أي استعان به فأعداه الأمير عليه أي اعانه عليه و نصره (و يحال) على صيغة المجهول بالنصب عطفاً على قوله حتى يعدى عليه و هي من الحيلولة (بينه) أي بين المدعى عليه (و بين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره و التقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الصحيح) احترز به عما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عنه انه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثاني (و لا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل) بالخاء المعجمة من خمل الرجل خمولاً إذا كان ساقط

(١) كفيلا و في البحر: أطلق الكفيل و قيده في البزازية وغيرها بالثقة و فسره في البزازية بأن يكون له دار و حانوت ملكا له اه و فسره في الصغرى بأن لا يخفى نفسه و لا يهرب من البلد بأن تكون له دار معروفة و حانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء يتركه و يهرب و هذا شئ يحفظ جدا اه و ينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالأوقاف و إن لم يكن له ملك في دار وحانوت لأنه لا يتركها و يهرب اه. (٢) ثلاثة أيام و في البحر عن قضاء الصغرى: ثم تأقيت الكفالة بالثلاث أو نحوها لا لبراءة الكفيل بعدها فان الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل فلا يطالب إلا بعد مضيه لكن لو عجل لا يصح و هذا للتوسعة على المدعى فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعى عن البينة و إذا أحضرها يعجز عن إقامتها و انما يسلم إلى المدعى بعد وجود ذلك الوقت حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل اه ملخصا.

و الوجيه و الحقير من المال و الخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل و معناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فإن فعل و إلا أمر بملازمته كي لا يذهب حقه إلا أن يكون غريباً (١) فيلازم مقدار مجلس القاضي

القدر (و الوجيه) و هو الذي له وجاهة و قدر بين الناس (و الخطير من المال) أي و لا فرق أيضاً بين الخطير و هو الذي له قدر (و الحقير) أي بين الحقير الذي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية و روى عن محمد رحمه الله تعالى إذا كان الرجل معروفا و الظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل و كذا إذا كان المال حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر و لكنه إن أعطى من غير جبر يقبل و إلا فلا و لو ادعى انه معسر فان القاضي يحكم فيه بالزى إلا إذا كان المرء من العلماء أو من العلوية لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم فأما في حق الغير يحكم بالزى و إن كان عليه زى الفقر كان القول قوله و إن كان عليه زى الاغنياء لا يكون القول قوله و تحكيم الثياب و الزي جائز (ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل و معناه في المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب) أي أو قال شهودي غيب بفتحتين على التخفيف و هو جمع غائب مثل خدم و خادم و يجوز غيب بضم الغين و تشديد الياء و هو ايضاً جمع غائب على خلاف القياس (لا يكفل لعدم الفائدة) لأن الفائدة هي الحضور عند حضور الشهود و ذلك في الهالك محال و الغائب كالهالك من وجه إذ ليس كل غائب يؤب (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان فعل) أي فان أعطي الكفيل فيها (و الا) أي و إن لم يعط (أمر بملازمته) أي أمر المرعى بملازمة خصمه يعنى سار معه حيث بسار (لئلا يذهب حقه) أي حق المدعي (إلا أن يكون غريباً) أى إلا أن يكون المدعي عليه غريباً حال كونه (على الطريق) أي مسافراً فإذا كان كذلك (فيلازم مقدار (٢) مجلس القاضي) لأن هذا القدر لا يقطعه عن الرفقة و يحصل النظر للمدعي فأما في إمساكه على باب القاضي يوماً أو أكثر ليحضر المدعي بينة ضرر على المطلوب فإذا جاء أوان قيام القاضي عن مجلسه و لم يحضر المدعي بينته فان القاضى يحلف المدعى عليه و يخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب و المطلوب فقال المطلوب أنا مسافر و قال الطالب انه لا يريد السفر ففيه أقوال قال بعضهم القول قول المدعي لأنه متمسك بالاصل فان الأصل هو الإقامة و السفر عارض و قال بعضهم القاضي يسأله مع من

(١)غريبا. ن. غريبا على الطريق. (٢)مقدار مجلس القاضى و فى البحر: أطلق فى مقدار مجلس القاضى فشمل ما إذا كان يجلس فى كل خمسة عشر يوما مرة كذا فى البزازية.

و كذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لأن في أخذ الكفيل و الملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر و لا ضرر في هذا المقدار ظاهراً و كيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى

يريد السفر فان أخبره مع فلان فالقاضي يبعث إلى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل أن فلانا هل استعد للخروج معكم فان قالوا نعم انضم قولهم مع قوله فيقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس فان أحضر المدعي بينته في هذه المدة و إلا خلي سبيل المطلوب و إن لم يعلموا من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد فقلنا بأنه يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة ايام (و كذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس) أي و كذا لا يكفل المدعى عليه إذا كان مسافرا إلا إلى آخر مجلس القاضي (فالاستثناء) أي الاستثناء المذكور بقوله إلا أن يكون غريباً (منصرف اليهما) أي إلى الملازمة و التكفيل (لأن في أخذ الكفيل و الملازمة زيادة على ذلك) على مقدار مجلس القاضي (إضراراً به) أي بالغريب الذي على الطريق (بمنعه عن السفر) أي بمنع الغريب الذى على الطريق عن السفر و الذهاب إلى منزله فيؤدى إلى الحاق الضرر به و ان كان المدعي يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة و ضرر المدعي موهوم فربما يكون صادقاً في الدعوى أو كاذباً و الموهوم لا يعارض المتحقق (و لا ضرر في هذا المقدار) أي في مقدار مجلس القاضي (ظاهراً) أي من حيث الظاهر لأنه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة (و كيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) و تفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار و يبعث أميناً حتى يدور معه أينما دار لكن لا يجلسه في موضع لأن ذلك حبس و هو غير مستحق عليه بنفس الدعوى و لا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف و المدعي يدور معه و إذا انتهى المطلوب إلى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله بل يدخل المطلوب على أهله و الطالب الملازم يجلس على باب داره و في الفتاوى الصغرى أن المطلوب إذا أراد أن يدخل داره فأما أن يأذن المدعي بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى دخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة (١).

---

(١)من الملازمة و فى الصغرى: و لا يلازمه فى المسجد لأنه بنى للذكر به يفتى ثم قال و يبعث معه أمينا يدور معه و رأيت فى زيادات بعض المشايخ أن للمطلوب أن لا يرضى بالامين عنده خلافا لهما بناء على التوكيل بلا رضا الخصم كذا فى البحر ملخصا.

فصل في كيفية اليمين و الاستحلاف

قال و اليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة و السلام من كان منكم حالفا فيحلف بالله أو ليذر و قال عليه الصلاة و السلام من حلف بغير الله فقد أشرك و قد يؤكد بذكر أوصافه و هو التغليظ و ذلك مثل قوله قل و الله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر و الخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك و لا قبلك هذا المال الذي ادعاه و هو كذا و كذا و لا شيء منه و له أن يزيد في التغليظ على هذا و له أن ينقص منه إلا أنه يحتاط

(فصل في كيفية اليمين و الاستحلاف)

أي هذا فصل في بيان كيفية اليمين و الاستحلاف و كيفية الشيء صفته و لما ذكر نفس اليمين في أي موضع يكون و في أيّ موضع لا يكون شرع في بيان كيفيتها لأن الصفة تتبع الموصوف (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و اليمين بالله دون غيره) أي غير الله تعالى (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (من كان منكم حالفاً فيحلف بالله أو ليذر) تقدم (١) هذا الحديث في الأيمان (و قال ﷺ) أى قال النبى ﷺ (من (٢) حلف بغير الله فقد أشرك و قد يؤكد) أي اليمين (بذكر أوصافه) أي أوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى فقال المصنف رحمه الله تعالى (و هو التغليظ و ذلك مثل قوله قل و الله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر و الخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك و لا قبلك هذا المال الذي ادعاه و هو كذا و كذا و لا شيء منه) و إنما ذكر و لا شيء منه لجواز أنه قد أدى البعض و يذكر صفاته بدون حرف العطف حتى لو قال و الله و الرحمن و الرحيم تكون أيماناً (و له) أى و للقاضى (أن يزيد في التغليظ على هذا) أي على هذا المذكور (وله أن ينقص منه) أي من المذكور و ذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ و منهم من يتجاسر و لا يبالي (إلا أنه يحتاط) و المراد من الاحتياط ما ذكرنا من انه يذكر الأسماء و الصفات بدون حرف

---

(١)تقدم هذا الحديث الخ قد مر تخريجه مفصلا فى هامش البناية باب ما يكون يمينا و ما لا يكون يمينا ص١٥٩ ج٨. (٢)من حلف الخ أخرجه الترمذى رحمه الله تعالى فى النذور بعد باب فى كراهية الحلف بغير الله ص١٨٥ ج١ عن سعد بن عبيدة ان ابن عمر رضى الله تعالى عنه سمع رجلا يقول لا و الكعبة فقال ابن عمر رضى الله تعالى عنه لا تحلف بغير الله فانى سمعت رسول الله ﷺ يقول من حلف بغير الله فقد كفر أو أشرك و قال هذا حديث حسن.

كي لا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة و القاضي بالخيار إن شاء غلظ و إن شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو و الله و قيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح و يغلظ على غيره و قيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال و لا يستحلف بالطلاق و لا بالعتاق لما روينا و قيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله و كثرة الإمتناع بسبب الحلف

العطف (كي لا يتكرر عليه اليمين) لأن اليمين بذكر الواو صارت أيماناً كما ذكرنا و تكرار الأيمان غير مشروع (لأن المستحق عليه يمين واحدة) فلا يزاد عليها (و القاضي بالخيار إن شاء غلظ و إن شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو و الله) أى أو قل و الله (و قيل لا يغلظ على المعروف) أي الرجل المعروف (بالصلاح و يغلظ على غيره) أي غير المعروف بالصلاح (و قيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) و المال الخطير هو المال العظيم و في الاقرار إذا قال لفلان عليّ مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يستحلف (١) بالطلاق و لا بالعتاق) و في الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق و العتاق و الأيمان المغلظة لم يجوزه أكثر أصحابنا و أجازه البعض فيفتى بأنه يجوز إن مست الضرورة فاذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بأن الرأي للقاضي إتباعاً لهؤلاء السلف و في خلاصة الفتاوى فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل و قضى بالمال لا ينفذ قضاؤه (لما روينا) أراد به الحديث المذكور (و قيل في زماننا إذا الح الخصم) بأن كان لجوجاً متعنتا لا يبالي باليمين بالله فحينئذ (ساغ للقاضي أن يحلف) من التحليف (بذلك) أى بالطلاق و بالعتاق (لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى و كثرة الامتناع بسبب الحلف

---

(١)و لا يستحلف الخ و فى الدر المختار: و اليمين بالله تعالى لا بطلاق و عتاق و إن ألح الخصم و عليه الفتوى تتارخانية لأن التحليف بهما حرام خانية و قيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى إتباعا للبعض فلو حلفه القاضى به فنكل فقضى عليه بالمال لم ينفذ قضاؤه على قول الأكثر كذا فى خزانة المفتين و ظاهره أنه مفرع على قول الاكثر أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله و يقضى به و إلا فلا فائدة بحر و اعتمده المصنف اه و فى رد المحتار: (قوله و إلا فلا فائدة) تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلا بعدم اعتبار نكوله فاذا طلب حلفه به ربما يمتنع و يقر بالمدعى درر البحار (قوله و اعتمده المصنف) لكن عبارة ابن الكمال فان ألح الخصم قيل صح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعا و لو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت و مثله فى الزيلعي و شرح درر البحار و ظاهره أن القائل بالتحليف بهما يقول إنه غير مشروع و لكن يعرض عليه لعله يمتنع فان من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبا فانه يؤدى إلى طلاق الزوجة و عتق الأمة أو إمساكهما بالحرام بخلاف اليمين بالله تعالى فانه يتساهل به فى زماننا كثيرا تأمل و قوله لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعا أقول فكيف يجوز للقاضى تكليفه الاتيان بما هو منهى عنه شرعا و لعل ذلك البعض يقول النهى عنه تنزيهى سعدية.

بالطلاق قال و يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام و النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله ﷺ لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا و لأن

بالطلاق) و في الفصول للأستروشني لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي و في المبسوط (١) للسرخسي رحمه الله تعالى لأن الاستحلاف يبتنى على الخصومة و لا خصم للشاهد و في الفصول لو قال المنكر الشاهد كاذب أو أراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و يستحلف اليهودى بالله الذي أنزل (٢) التوراة على موسى عليه السلام و النصراني) أى يستحلف النصراني (بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسي عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا) هذا الحديث أخرجه (٣) مسلم رحمه الله تعالى في الحدود عن عبد الله بن مرة عن البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه قال مر على النبي ﷺ بيهودى محمما مجلودا فدعاهم فقال هكذا ا تجدون حد الزانى في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلاً من علمائهم فقال أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أهكذا تجدون حد الزانى في كتابكم قال لا و لولا انك نشدتني بهذا لم أخبرك نجده الرجم و لكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الشريف تركناه و إذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد قلنا تعالوا فلنجتمع على شئ نقيمه على الشريف و الوضيع فجعلنا التحميم و الجلد مكان الرجم فقال رسول الله ﷺ اللهم إني أول من أحي أمرك إذ أماتوه فأمر به فرجم و قال الشراح و هذا الرجل هو عبد الله بن صوريا و كان أعلم من بقى منهم بالتوراة و قد صرح باسمه في سنن (٤) أبي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبي ﷺ قال له يعني لأبن صوريا الحديث و هذا مرسل و صوريا بضم الصاد المهملة و كسر الراء بالقصر و هو اسم أعجمي و هو والد عبد الله كما ذكرنا قوله أنشدك من نشد ينشد من باب نصر و في المغرب (٥) نشد الضالة طلبها و منه قولهم في الاستعطاف نشدتك بالله والله و ناشدتك الله و بالله أي سألتك بالله و طلبت اليك بحقه (و لأن

---

(١)المبسوط للسرخسى رحمه الله تعالى ص١١٩ ج١٦. (٢)أنزل التوراة الخ و لا يحلف بالاشارة إلى مصحف معين بأن يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لأنه ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع الاشارة إلى المحرف فيكون التحليف به تغليظا بما ليس كلام الله عزوجل كذا فى البدائع. (٣)أخرجه مسلم رحمه الله تعالى فى الحدود باب حد الزنا ص٧٠ ج٢ و أبوداود رحمه الله تعالى فيه باب فى رجم اليهوديين ص٢٦٢ ج٢. (٤)سنن أبى داود كتاب القضاء باب الذمى كيف يستحلف ص١٥٤ ج٢. (٥)المغرب مادة نشد ص٣٠٢ ج٢.

اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام و النصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه و يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار و هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل و يروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً و ذكر الخصاف رحمه الله تعالى أنه لا يستحلف غير اليهودي و النصراني إلا بالله و هو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها و ما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة و الوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ﴿و لئن سألتهم من خلق السموات و الأرض ليقولن الله﴾

اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام و النصراني نبوة عيسى عليه السلام) أي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلظ على كل واحد منهما) أي من اليهودى و النصرانى (بذكر المنزل) بفتح الزاء (على نبيه عليه السلام و يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار) لأنه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (و هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل) أي في المبسوط و كأنه (١) وقع عند محمد رحمه الله تعالى أن المجوس يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال بذكر ذلك في اليمين و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و هو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله (و يروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي أن القاضي (لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً) يعني لا يذكر غير اسم الله تعالى و صفاته لا في حق المسلمين و لا في حق الكفار (و ذكر الخصاف رحمه الله تعالى أنه لا يستحلف غير اليهودي و النصراني إلا بالله تعالى و هو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها) أي تعظيم النار (و ما ينبغي أن تعظم) أي النار (بخلاف الكتابين) يعني التوراة و الانجيل (لأن كتب الله تعالى معظمة) لأن الكتب الأربعة كلام الله عزوجل و تعظيمها واجب (والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ﴿و لئن (٢) سألتهم من خلق السموات و الأرض ليقولن الله﴾) فان قلت لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان و الأصنام قلت إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم الا ترى إلى قوله تعالى حكاية عنهم ﴿ما نعبدهم (٣) إلا ليقربونا الى الله زلفى﴾ و إذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الإقدام على اليمين الكاذبة

---

(١)و كأنه وقع الخ كذا في المبسوط للسرخسي رحمه الله تعالى ص١٢٠ ج١٦. (٢)و لئن سألتهم الآية لقمان:٢٥. (٣)ما نعبدهم الآية الزمر:٣.

قال و لا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال و لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان و لا مكان

بالله عز و جل فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين و هي النكول و في شرح الأقطع و أما الصابئة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام يستحلفون بالله الذى انزل الصحف على ادريس عليه السلام و ان كانوا يعبدون الكواكب يستحلفون بالله الذي خلق الكواكب و الوثني نسبة إلى عبادة الوثن و هو ماله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت و الجمع اوثان و كانت العرب تنصبها و تعبدها و الصابئون جنس من أهل الكتاب قاله الجوهري رحمه الله تعالى من صبأ إذا خرج من دين إلى دين آخر (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي (١) لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك) أي عن الحضور في بيوت عبادتهم لأن فيه تعظيم ذلك المكان و الحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ففي أيّ مكان حلفهم جاز و في الاجناس قال في المأخوذ للحسن و إن سأل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسته فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا اتهمه و عند أبي الخطاب الحنبلي رحمه الله تعالى إن كان لهم مواضع يعظمونها و يتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان و لا مكان) أما التغليظ بالزمان ففي يوم الجمعة بعد العصر و أما التغليظ بالمكان فبين الركن و المقام إن كان بمكة و عند قبر النبي ﷺ إذا كان بالمدينة و عند الصخرة إن كان في بيت المقدس و في الجوامع في

(١)لأن القاضى الخ و لو قال: المسلم لا يحضرها لكان أولى لما فى التتارخانية: يكره للمسلم الدخول فى البيعة و الكنيسة و إنما يكره من حيث أنه مجمع الشياطين لا من حيث أنه ليس له حق الدخول و الظاهر أنها تحريمة لأنها المرادة عند إطلاقهم و قد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود كذا فى البحر أقول هذا محمول على ما إذا لم تكن حاجة إلى دخولها و أما عند الحاجة بأن يكون المدعى عليه قليل المبالاة باليمين بالله تعالى فلا بأس بدخول الكنيسة و البيعة لاحلافه فيها ألا ترى أن عمر رضي الله تعالى عنه شرط على أهل الذمة من نصارى الشام أن لا يمنعوا كنائسهم من المسلمين و أن ينزلوها فى الليل و النهار و أن يوسعوا أبوابها للمارة و ابن السبيل كما ذكرنا فى شروط أهل الذمة من كتاب الجهاد و شروط عمر رضى الله تعالى عنه هذه مجمع عليها لا يعرف لها مخالف من الأئمة فلو كان دخول الكنائس و البيع محظورا عنه مطلقا لم يكن لهذا الشرط معنى و أما أن فى إحلافه فيها تعظيما لها و المسلم ممنوع من تعظيم الكنائس و البيع ففيه أن القاضى لا يستحلف أهل الكتاب فى بيعهم و كنائسهم لعظمتها فى قلبه بل لعظمتها فى قلوبهم و لا أصر فيها لفعل القاضى فانها معظمة عندهم قبل التحليف و بعده و إنما يستحلفهم فيها لاستجلاب الصدق فانهم لا يكذبون فى معابدهم و يمتنعون من الكذب فى اليمين هناك غالبا كذا فى الاعلاء ص ٤١١ ج ١٥.

لأن المقصود تعظيم المقسم به و هو حاصل بدون ذلك و في إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها و هو مدفوع

سائر البلاد و بقولنا (١) قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول يستحب التغليظ بمكان و زمان و في قول يجب التغليظ بهما و به قال مالك رحمه الله تعالى في دعوى دم و نكاح و طلاق و رجعة و إيلاء و لعان و عتق وحد و وكالة و ولاء و جناية وكل ما ليس بمال حتى يجري في الولادة و الرضاع و عيوب النساء و مال كثير و هو النصاب من الذهب عشرون مثقالاً و من الفضة مائتا درهم و فيما دون ذلك لا يغلظ و من به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان و كذا الحائض و المخدرة على وجه لا يجب عليهما حضور مجلس القاضي و يحلف الحائض و المخدرة على باب الجامع و في كتاب التفريع (٢) للمالكية و يحلف الناس في المساجد و لا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر النبي ﷺ و لا يحلف عنده إلا على ربع دينار فصاعداً و يحلف على أقل من ذلك في سائر المسجد و إذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلاً إن كانت لا تخرج نهاراً و في المستوعب للحنابلة و التغليظ بالزمان بعد صلاة العصر أو بين الأذان و الإقامة و تغلظ اليمين في الجنايات و الحدود و العتاق و الطلاق و نحو ذلك و في المال الذي تجب فيه الزكاة و قيل فيما تقطع فيه يد السارق (لأن المقصود) يعني من اليمين (تعظيم المقسم به و هو حاصل بدون ذلك) أي بدون تعيين الزمان و المكان (و في ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها) أي حضور بقعة معينة من المكان أو ساعة معينة من الزمان (و هو) أي الحرج (مدفوع) شرعاً فإن قلت استدل الخصم بما روى (٣) أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه

(١) و بقولنا قال احمد رحمه الله تعالى كما في المغنى ص ١١٤ ج ١٢ و إليه مال الامام البخارى رحمه الله تعالى حيث بوب في صحيحه باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين و لا يصرف من موضع إلى غيره ص ٣٦٧ ج ١. (٢) كتاب التفريع الخ قال ابن عبد البرّ جملة مذهب مالك رحمه الله تعالى في هذا أن اليمين لا تكون عند المنبر من كل جامع و لا في الجامع حيث كان إلا في ربع دينار فصاعدا و في ما دون ذلك حلف في مجلس الحاكم أو حيث شآء من المواضع و ليس عليه التوجه إلى القبلة قال و لا يعرف مالك منبرا إلا منبر المدينة فقط قال و من أبى أن يحلف عنده فهو كالناكل عن اليمين قال و ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى نحو قول مالك رحمه الله تعالى إلا أن الشافعي رحمه الله تعالى لا يرى اليمين عند المنبر بالمدينة و لا بين الركن و المقام بمكة إلا في عشرين دينارا فصاعدا اه و في التوضيح: هل يحلف بحضرة المصحف أباه مالك رحمه الله تعالى و ألزمه ذلك بعض المالكيين في عشرين دينارا فاكثر و عن ابن المنذر رحمه الله تعالى أنه حكى عن الشافعي رحمه الله تعالى انه قال رأيت مطرفاً يحلف بحضرة المصحف كذا في عمدة القارى ص ٢٥٢ ج ١٣. (٣) روى الخ أخرجه الشافعي رحمه الله تعالى من طريق عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه رأى قوما الحديث و إسناده منقطع كذا في التلخيص ص ٢١١ ج ٤.

قال و من ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه و لا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه و يستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده و لا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة و البيع و في النكاح بالله ما بينكما نكاح

رأى قوماً يحلفون بين المقام و البيت فقال أ عليّ دم فقالوا لا قال أ فعظيم من المال قالوا لا قال خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام الجواب أن هذا الحديث ليس حديثاً صحيحاً و هذا ينافي إطلاق قوله ﷺ البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و التخصيص بالزمان و المكان زيادة عليه بأخبار غريبة لا يعلم صحتها فلا يجوز (١) (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أدعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده) أي أنكره (استحلف بالله ما بينكما بيع (٢) قائم فيه و لا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة أو إلى تسليم العبد إلى مالكه بالإقالة وكل ذلك ضرر هذا هو اليمين على الحاصل على ما يأتي إن شاء الله تعالى (و يستحلف في الغصب) أي في دعوى الغصب إذا أنكر (بالله ما يستحق عليك رده و لا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ) أى الغصب (بالهبة و البيع و في النكاح) أى فى دعوى النكاح إمرأة انه تزوجها فأنكرت هي أو بالعكس (بالله) أي يحلف بالله (ما بينكما (٣) نكاح

---

(١)لا يجوز و فى الهندية: إستحلاف الأخرس أن يقول القاضى عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق و يشير الأخرس برأسه أى نعم و لا يستحلفه بالله ما لهذا عليك ألف و يشير الأخرس برأسه أى نعم كذا فى محيط السرخسى و إن كان المدعى أخرس و له إشارات معروفة و خصمه صحيح فالقاضى يحلفه بطلب الأخرس بالله الذى لا إله إلا هو كما إذا كانا صحيحين و ان كان المدعى عليه مع كونه أخرس أصم و القاضى يعرفه أنه أصم فان القاضى يكتب له و يأمره أن يجيب بالكتابة و ان كان لا يعرف الكتابة و له إشارة معروفة يؤمر بالاشارة ليجيب و يعامل معه كما يعامل مع الأخرس كذا فى الذخيرة. (٢)بيع قائم أقول و الحق ما فى الخزانة من التفصيل فان المشترى إذا ادعى الشراء فان ذكر نقد الثمن فادعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعى و لا شئ منه بالسبب الذى ادعى و لا يحلف بالله ما بعته و إن لم يذكر المشترى نقد الثمن يقال له أحضر الثمن فاذا أحضره استحلفه القاضى بالله ما عليك قبض هذا الثمن و تسليم هذا العبد من الوجه الذى ادعى و إن شآء حلف بالله ما بينك و بين هذا شراء قائم الساعة و الحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا و ليست بدعوى العقد و لهذا تصح مع جهالة الثمن فيحلف على ملك المبيع و دعوى البيع مع تسليم المبيع دعوى الثمن معنى و ليست بدعوى العقد و لهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ملك الثمن اه كذا فى البحر. (٣)ما بينكما نكاح قائم أقول إدخال النكاح فى المسائل التى يحلف فيها على الحاصل عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى غفلة من صاحب الهداية رحمه الله تعالى لأن أبا حنيفة رحمه الله لا يقول بالتحليف فى النكاح إلا أن يقال ان الامام رحمه الله تعالى فرع على قولهما لا على قوله كتفريعه فى المزارعة على قولهما كذا فى البحر. و نقل عن المقدسى رحمه الله تعالى أنه محمول على ما إذا كان =>

قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه الخلع و في دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت و لا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه و هذا قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض المدعي عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل

قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه) أي على النكاح (الخلع) بأن خالعها بعد النكاح (و في دعوى الطلاق) أي يحلف في دعوى الطلاق بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثاً و هو ينكر (بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت و لا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل) أي على ثبوت الحكم في الحال (في هذه الوجوه) أى الوجوه المذكورة و هي دعوى ابتياع العبد و الغصب و النكاح و الطلاق (لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه و هذا) أي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة (قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحلف في جميع ذلك على السبب) لأن اليمين يستوفي حق المدعي فوجب أن تكون مطابقة لدعواه و المدعي يدعي السبب و الضابط في التحليف على الحاصل و على السبب أن السبب إما إن كان مما يرتفع برافع أو لا فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع و إن كان الأول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك و إن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و على السبب عند أبي يوسف رحمه الله تعالى (إلا إذا عرض) أي المدعى عليه (بما ذكرنا) يعني من قوله فى الابتياع قد يباع العين ثم يقال فيه و في الغصب قد يفسخ بالهبة و فى النكاح قد يطرأ عليه الخلع و فى الطلاق قد يجدد بعد الابانة و مراده من التعريض بأن يقول المدعى عليه عند قول القاضي احلف بالله ما بعت أيها القاضي إن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه و كذلك بقية الصور (فحينئذ يحلف) أي القاضي (على الحاصل) و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى التعريض خلاف التصريح ثم قال و يريد به ههنا المدعى عليه عند عرض اليمين عليه على السبب يعرض بشئ يعرفه القاضي فيحلف على الحاصل كما إذا ادعى رجل أنه اشترى من هذا هذه الضيعة التي حدها كذا و انكر المدعي عليه و أراد استحلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما

=> مع النكاح دعوى المال و لكن ذكره في اليعقوبية أيضا ثم قال و هذا بعيد لأن الظاهر أنه يحلف عنده فى ثلث الصورة على عدم وجوب المال لا على عدم النكاح فليتأمل كذا فى المنحة على البحر.

و قيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه و إن أنكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع و ذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العدة و الزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار و المشتري لا يراها لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي

بيع قائم الساعة و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يحلف على السبب بالله ما بعت هذه الضيعة بهذا الثمن الذي يدعى إلا أن يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول يبيع الرجل بالشيء ثم يرجع اليه بإقالة أو بوجه من الوجوه و لا يمكن ان أقر بالبيع ثم ادعى الفسخ فحينئذ يحلف على الحاصل (و قيل) قائله شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى (ينظر إلى انكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه) أي على السبب (و إن أنكر الحكم) بأن قال ليس له على هذا المال الذى يدعى و لا شئ منه (يحلف على الحاصل) و قال في الذخيرة هو الأحسن و عليه عمل أكثر القضاة و قال فخر الإسلامّ يفوض إلى رأى القاضي و بقول الحلواني رحمه الله تعالى قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه و في وجه كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى (فالحاصل) أي التحليف على الحاصل (هو الأصل عندهما) أي عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و هو أن يقول بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه (إذا كان سبباً يرتفع برافع) كالبيع يقال فيه و الغصب يفسخ بالهبة و النكاح يفسخ بالخلع و الطلاق يجدد فيه بعد الإبانة (الا إذا كان فيه) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع) و أوضح ذلك بقوله (و ذلك) أي ترك النظر (مثل أن تدعي مبتوتة) أي امرأة مبانة ثلاثا على زوجها (نفقة العدة و الزوج ممن لا يراها) أي ممن لا يرى نفقة المبتوتة بأن كان شافعي المذهب فانه لا يحلف على الحاصل لأن الزوج يكون صادقاً في إعتقاده لأنه لا نفقة لها فلا يمتنع عن اليمين و يكون فيه ترك النظر بل يحلف على السبب لئلا يكون ترك النظر أو ادعى شفعة بالجوار و المشترى ممن لا يراها بان كان شافعياً (لأنه (١) لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي) فان قيل

---

(١) لأنه لو حلف الخ و مفاده أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه و أما مذهب المدعى ففيه اختلاف فقيل إنه لا اعتبار به أيضا و انما الاعتبار لمذهب القاضى فلو ادعى شافعى شفعة الجوار عند حنفى سمعها و قيل لا و قيل يسأله القاضى هل يعتقد وجوبها أو لا و فى شرح الصدر الشهيد أن الأخير أوجه الأقاويل و أحسنها اه و هذا تصحيحها فكان هو المعتمد كذا فى البحر. وفى المنحة على البحر: قوله: (و أما مذهب المدعى ففيه اختلاف الخ) الظاهر أن هذا الاختلاف فى غير قضاة زماننا المأمورين بالحكم على مذهب موليهم عز نصره.

و إن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة و العبد الكافر لأنه يتكرر الرق عليها بالردة و اللحاق و عليه بنقض العهد و اللحاق و لا يكرر على العبد المسلم قال و من ورث عبداً و ادعاه آخر يستحلف (١) على علمه لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات

في التحليف على السبب ضرر بالمنكر أيضاً لجواز انه اشترى و لا شفعة له بان سلم أو سكت عن الطلب قلنا القاضي لا يجد بداً من الحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق هو الشراء و إذا ثبت يثبت له الحق و سقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض (و إن كان سببا) أى إن كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على النسبب بالاجماع) ثم أو ضح ذلك بقوله (كالعبد المسلم إذا أدعى العتق على مولاه) و جحد المولى فإنه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لأن السبب لا يتكرر هنا (بخلاف الأمة) إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فانه لا يحلف بالله ما أعتقها و لكن يحلف على الحاصل أى ما هى حرة فى الحال (و العبد الكافر) أي و بخلاف العبد الكافر إذا ادعى على مولاه بالعتق فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه لأنه يتكرر العتق عليه بل يحلف على الحاصل أى ما هو حر فى الحال (لأنه) أي لأن الشأن (يتكرر الرق عليها) أي على الأمة (بالردة و اللحاق) بدار الحرب و السبى (و عليه) أي يتكرر الرق على العبد (بنقض العهد و اللحاق) بدار الحرب و السبى أيضا (و لا يكرر (٢)) أي الرق (على العبد المسلم) لأنه بعد الحرية لا يستحق الرق (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ورث عبداً و ادعاه آخر استحلف) أى الوارث (على علمه) هذا نوع آخر من كيفية اليمين و هو اليمين على العلم أو البتات و صورة المسألة في الجامع لمحمد رحمه الله تعالى عن يعقوب رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الرجل يرث العبد فيجيء رجل فيزعم أنه له و لا بينة له على أيّ شيء يستحلف قال على علمه (لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) و قال (٣) شريح و ابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى يحلف

---

(١)يستحلف. ن. استحلف. (٢)و لا يكرر الخ فان التكرار انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد و هو بالنسبة إلى المسلم لا يتصور لأنه يقتل بالارتداد كذا فى العناية. (٣)قال شريح الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص١١٨ ج١٢ و جملة الأمر أن الأيمان كلها على البت و القطع إلا على نفى فعل الغير فانها على نفى العلم و بهذا قال أبو حنيفة و مالك و الشافعى رحمهم الله تعالى و قال الشعبى و النخعى رحمهما الله تعالى كلها على العلم و ذكره ابن أبى موسىّ رواية عن احمد رحمه الله تعالى و قال ابن أبى ليلىّ كلها على البت اه ملخصا.

و إن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا و كذا الهبة قال و من ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه

على البتات و بقولنا قال ابراهيم النخعي و الحسن و الشعبي رحمهم الله تعالى و الحلف بالعلم أن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي و الحلف بالبتات أي بالقطع على عدم الاستحقاق و الأصل في ذلك أن التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات و ان كان على فعل غيره يكون على العلم و قال الحلواني هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب يرتد به ان المشتري إذا إدعى أن العبد سارق أو آبق و أثبت إباقه و سرقته في يد نفسه و ادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع و أراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ما سرق في يدك مع أنه فعل الغير لأن البائع ضمن بتسليم المبيع تسليما عن العيب فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات و قيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الحالف لا علم لي بذلك أما لو قال لي علم بذلك يحلف على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البتات و كذا الوكيل بالبيع إذا باع و سلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن و جحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشترى و يحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل و هذا تحليف على فعل الغير و لكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك فانه قال قبض الموكل الثمن فكان له علم بذلك فيحلف على البتات كذا في الفصول و أجيب عليه بأن هذا تحليف على فعل نفسه و هو التسليم و الرد من حيث المعنى (و إن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) و هذا من تتمة مسألة الجامع أي و إن وهب لرجل عبداً و قبضه أو اشتراه وجاء رجل يزعم أنه له و لا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أى المجوز (لليمين) على البتات (إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا و كذا الهبة) فإن قيل الإرث كذلك أجيب بأن معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب إختياري فباشره بنفسه فيعلم ما صنع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ادعى على الآخر مالاً فافتدى (١) يمينه

(١) فافتدى الخ ذكر الصدر الشهيد أن الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب اه و مراده ثابت بدليل جواز الحلف صادقا قيد بالفداء و الصلح لأنه لو اشترى بيمينه لم يجز و كان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال و اليمين ليست بمال كذا في النهاية و ظاهر ما قرره الزيلعي أن أخذ المال في الفداء و الصلح عن اليمين انما يحل إذا كان المدعى محقا ليكون الماخوذ في حقه بدلا كما في الصلح عن الانكار فلو كان مبطلا لم يحل و في شرح مسكين: ثم الافتداء قد يكون بمال بمثل المدعى و قد يكون بأقل منه و أما الصلح فانما يكون منه =>

أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز و هو ماثور عن عثمان رضي الله تعالى عنه و ليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً لأنه أسقط حقه

أو صالحه منها) أي من يمينه (على عشرة دراهم فهو) أى الافتداء أو الصلح (جائز وهو) أي الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضى الله تعالى عنه) قال الأترازي رحمه الله تعالى روى اصحابنا في شرح الجامع الصغير عن عثمان رضى الله تعالى عنه أنه دفع المال و لم يحلف قلت قال (١) البيهقي رحمه الله تعالى فى كتاب المعرفة في كتاب أدب القاضي قال الشافعي رحمه الله تعالى بلغني أن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه ردت عليه اليمين فافتداها بمال و قال أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال هذا بيمينه و في كتاب المستخرج لأبي الوليد رحمه الله تعالى بإسناد صحيح عن الشعبي رحمه الله تعالى و فيه إرسال أن رجلا إستقرض من عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه سبعة آلاف درهم فلما تقاضاه قال له إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر رضى الله تعالى عنه فقال تحلف أنها سبعة آلاف فقال عمر رضى الله تعالى عنه أنصفك فأبى عثمان رضى الله تعالى عنه أن يحلف فقال له عمر خذ ما أعطاك و قال الكاكي رحمه الله تعالى قد إختلفت روايات الكتب فى أن عثمان رضى الله عنه كان مدعى عليه فى ذلك أو مدعيا ففى الفوائد الظهيرية كان مدعى عليه فافتدى يمينه ولم يحلف فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة و في المبسوط ذكر أنه كان مدعياً فادعى مالاً على المقداد رضى الله تعالى عنه قلت الاول هو الصحيح (و ليس له) أي للمدعي (أن يستحلفه) أي المدعى عليه (على تلك اليمين) التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبدا) أى فى وقت من الأوقات (لأنه) أى لأن المدعي (أسقط حقه) فى يمين المدعي عليه بالصلح أو الإفتداء.

=> على مال هو أقل من المدعى غالبا كذا فى النهاية قيد بالاسقاط ضمن الافتداء و الصلح لأن إسقاطها قصدا غير صحيح لما فى دعوى البزازية: قال المدعي برئت من الحلف أو تركت عليه الحلف أو وهبت لا يصح و له التحليف بخلاف البراء ة عن المال لأن التحليف للحاكم اه كذا فى البحر. (١)قال البيهقى رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية ص١٠٣ ج٤ أقول و فى الباب آثار أخرى منها ما رواه البخارى رحمه الله تعالى فى الديات باب القسامة ص١٠١٩ ج٢ عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز سأله عن القسامة فذكر حديث القسامة إلى أن قال و قد كانت هذيل خلعوا خليعا لهم فى الجاهلية فطرق أهل بيت بالبطحاء فانتبه له رجل منهم فحذفه بالسيف فقتله فجاء ت هذيل و أخذوا اليمانى فرفعوه إلى عمر رضى الله تعالى عنه بالموسم فقالوا قتل صاحبنا فقال يقسم خمسون من هذيل ما خلعوه قال فأقسم منهم تسعة و أربعون رجلا و قدم رجل منهم من الشام فسألوه أن يقسم فافتدى يمينه منهم بألف درهم فأدخلوا مكانه رجلا آخر اه ملخصا و منها أثر حذيفة رضى الله تعالى عنه رواه عبد الرزاقّ فى مصنفه و الدراقطنى رحمه الله تعالى عنه فى سننه و منها أثر جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه رواه =>

باب التحالف

قال و إذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً و ادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع و ادعى المشترى أكثر منه و أقام أحدهما البينة قضى له بها لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى و البينة أقوى منها و إن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات و لا تعارض في الزيادة و لو كان الإختلاف في الثمن و المبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن و بينة المشترى أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات

(باب التحالف)

أي هذا باب في بيان التحالف بين الاثنين و لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين إذ الاثنان بعد الواحد في الطبع فراعى في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا (١) اختلف المتبايعان في البيع فأدعى احدهما ثمناً و ادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال كر من الحنطة (و ادعى المشترى أكثر منه) بأن قال كران (و أقام أحدهما البينة قضى له بها) أي بالبينة (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى و البينة أقوى منها) لأنها توجب الحكم على القاضي و الدعوى لا توجبه (و إن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لأن البينات) وضعت في الشرع (للاثبات و لا تعارض في الزيادة) لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض (و لو كان الاختلاف في الثمن و المبيع جميعا) بأن قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار و قال المشترى بعتنيها و هذا العبد معها بخمسين دينارا و أقاما بينة (فبينة البائع أولى في الثمن و بينة المشترى أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات) فالجارية و العبد جميعا

=> الدارقطنى رحمه الله تعالى فى سننه و الطبرانى رحمه الله تعالى فى معجمه الأوسط و منها أثر أشعث بن قيس رضى الله تعالى رواه الطبرانى رحمه الله تعالى فى معجمه و منها أثر عبيد السهام رضى الله تعالى عنه رواه عبد الرزاق فى مصنفه راجع لتفصيل هذه الآثار نصب الراية ص ١٠٤ ج ٤. (١) و إذا اختلف الخ قال العلامة الموفق الحنبلى فى المغنى ص ٢٦٦ ج ٤ اختلف المبتايعان و السلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين و قال المشترى بل بعشرة و لأحدهما بينة حكم بها و إن لم يكن لهما بينة تحالفا و بهذا قال شريح و أبو حنيفة و الشافعى و مالك رحمهم الله تعالى فى رواية (و هى المذكورة فى المدونة) و عنه القول قول المشترى مع يمينه و به قال أبو ثور و زفر رحمهما الله تعالى و قال الشعبى القول قول البائع أو يترادان البيع و حكاه ابن المنذر عن احمد رحمه الله تعالى و المشهور فى المذهب الأول اه ملخصا.

و إن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع و إلا فسخنا البيع و قيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع و إلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة و هذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر و هذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لأن البائع يدعى زيادة الثمن و المشترى ينكرها و المشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد و البائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشترى لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن و المشترى ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص و هو قوله عليه الصلاة و السلام إذا اختلف المتبايعان و السلعة قائمة بعينها تحالفا و ترادا

للمشترى بمائة دينار و قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخراً و كان يقول اولاً و هو قول زفر رحمه الله تعالى يقضى بهما للمشترى بمائة و خمسة و عشرين دينارا (و إن (١) لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع و إلا فسخنا البيع و قيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع و إلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة و هذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به) أى بالفسخ (يتراضيان) بمدعى كل واحد منهما (فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر و هذا التحالف قبل القبض) أي قبل قبض المشتري السلعة (على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن و المشتري ينكرها و المشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد و البائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لأن اليمين على من أنكر بالحديث المشهور (فاما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن و المشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص و هو قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (إذا اختلف المتبايعان و السلعة قائمة بعينها تحالفا و ترادا) هذا (٢) الحديث

---

(١) و ان لم يكن الخ أشار به إلى أن البيع ليس فيه خيار لاحد هما و لهذا قال فى الخلاصة إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اه و البائع كالمشترى فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف و لكن ينبغى أن البائع إذا كان يدعى زيادة الثمن و أنكرها المشترى فان خيار المشترى يمنع التحالف و أما خيار البائع فلا و لو كان المشترى يدعى زيادة المبيع و البائع ينكرها فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ و أما خيار المشترى فلا هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا كذا قاله العلامة ابن نجيم فى البحر.

(٢) هذا الحديث الخ أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه و له طرق =>

....

....

=> فأبوداودٌ في البيوع (باب إذا اختلف البيعان و المبيع قائم ص١٣٩ ج٢) عن أبي عميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده أن عبد الله بن مسعود الحديث و رواه الحاكم رحمه الله تعالى في المستدرك و قال صحيح الاسناد و لم يخرجاه قال ابن القطانٌ: و فيه انقطاع بين محمد بن الأشعث و ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و مع الانقطاع فعبد الرحمن بن قيس مجهول الحال و كذلك أبوه قيس و كذلك جده محمد إلا أنه أشهرهم و هو أبو القاسم بن الأشعث عداده في الكوفيين روى عنه مجاهد و الشعبي و الزهري و عمر بن قيس الماصر و سليمان بن يسار و روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها و أما روايته عن ابن مسعود رضي الله تعالى فمنقطع اه طريق آخر: أخرجه ابو داود رحمه الله تعالى في البيوع (باب إذا اختلف البيعان و المبيع قائم ص ١٤٠ ج٢) و ابن ماجة رحمه الله تعالى في البيوع (باب البيعان يختلفان ص١٥٩) عن ابن أبي ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الحديث و رواه أحمد و الدارمي و البزار رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و أعل بوجهين: أحدهما أن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود لم يسمع من أبيه فهو منقطع و الثاني أن محمد بن أبي ليلى ضعيف (قلت ابن أبي ليلىٌ حسن الحديث حسن له الترمذي رحمه الله تعالى وغيره كذا في الاعلاء) طريق آخر: أخرجه الترمذي رحمه الله تعالى في البيوع (باب ما جآء إذا اختلف البيعان ص١٥٣ ج١) عن عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الحديث و قال حديث مرسل فان عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اه طريق آخر: أخرجه النسائي رحمه الله تعالى في البيوع (باب خلاف المتبايعين في الثمن ص٢٢٩ ج٢) عن عبد الملك بن عبيد قال حضرت أبا عبيدة بن عبد الله بن مسعود فقال أبو عبيدة أتى ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الحديث و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده عن الشافعي رحمه الله تعالى إلا أنه قال عن عبد الملك بن عمير بالميم و الراء و من طريق احمد رحمه الله تعالى رواه الدارقطني رحمه الله تعالى في سننه و من طريق الشافعي رحمه الله تعالى رواه الحاكم رحمه الله تعالى في المستدرك و قال حديث صحيح إن كان المحفوظ في إسناده عبد الملك بن عمير اه و عن الحاكم رواه البيهقي رحمه الله تعالى في "كتاب المعرفة" فقال: أخبرنا أبو عبد الله الحاكم في "كتاب المستدرك" به قال البيهقي رحمه الله تعالى: و هو مرسل فان أبا عبيدة لم يسمع من أبيه شيئاً و عبد الملك بن عمير هو الصواب انتهى و قال صاحب "التنقيح": هكذا وقع في رواية النسائي عبد الملك بن عبيد و هو لا يعرف و في رواية الإمام أحمد رحمه الله تعالى: عبد الملك بن عمير و كأنه وهم فان عبد الله بن أحمد قال بعد ذكر الحديث: قرأت على أبي قال: أخبرت عن هشام بن يوسف في البيعين في حديث ابن جريج عن إسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عبيد و قال أبي: قال حجاج الأعور: عبد الملك بن عبيدة كذا قال ابن عبيدة فصار في راوي هذا الحديث ثلاثة أقوال و الله أعلم بالصواب انتهى كلامه قال المنذري في "مختصره": و قد روى هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تثبت و قد وقع في بعضها: إذا اختلف البيعان و المبيع قائم بعينه و في لفظ: و السلعة قائمة و هو لا يصح فانها من رواية ابن أبي ليلى و هو ضعيف و قيل: إنه من قول بعض الرواة و الله أعلم بالصواب و قال ابن الجوزي في "التحقيق": أحاديث هذا الباب فيها مقال فانها مراسيل و ضعاف أبو عبيدة لم يسمع من أبيه و لا عبد الرحمن و القاسم لم يسمع من ابن مسعود و لا عون بن عبد الله و قد رواه الدارقطني بألفاظ مختلفة و بأسانيد ضعيفة فيها ابن عياش و محمد بن =>

قال و يبتدئ بيمين المشتري و هذا قول محمد و أبي يوسف رحمهما الله تعالى آخراً و رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الصحيح لأن المشتري أشدهما انكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن أو لأنه يتعجل فائدة النكول

روي عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه من طرق و قال المنذري رحمه الله تعالى و قد روى هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه كلها لا تثبت و قد وقع في بعضها إذا اختلف البيعان و المبيع قائم بعينه و في لفظ و السلعة قائمة و هو لا يصح فإنها من رواية ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى و هو ضعيف و في بعض طرقه انقطاع و فى بعض طرقه عبد الرحمن بن قيس رحمه الله تعالى و هو محهول الحال و في بعض طرقه عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وهو لم يسمع من أبيه و قيل إنه من قول بعض الرواة و العجب من بعض شراح الهداية أنه يقول هذا الحديث صحيح مشهور (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و يبتدئ) (١) أي القاضي (بيمين المشترى و هذا قول محمد و أبي يوسف رحمهما الله تعالى آخراً و رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و هو الصحيح) احترز به عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول و رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يبتدأ بيمين البائع و به (٢) قال أحمد رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى و قال الأترازي رحمه الله تعالى عن زفر يبدأ بيمين البائع كذا في التقريب و قال أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى في المسألة ثلاثة أقوال إحداها يبدأ بيمين البائع و الثاني يبدأ بيمين المشتري و الثالث الحكم بالخيار و منهم من قال يبدأ بيمين البائع بكل حال كذا في شرح الأقطع (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب اولاً بالثمن) فيكون بادئاً فى الانكار و البادئ أظلم (أو لأنه يتعجل فائدة النكول) و اليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما

=> أبي ليلي و الحسن بن عمارة و ابن المرزبان و كلهم ضعاف انتهى و قال صاحب "التنقيح": و الذى يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل بل هو حديث حسن يحتج به لكن فى لفظه اختلاف و الله أعلم انتهى قلت: و يدل على ذلك أن مالكا أخرجه فى "الموطأ" (باب بيع الخيار ص٦٠٣) بلاغا قال أبو مصعب عن مالك: بلغنى أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله ﷺ قال: أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان انتهى. (١)و يبتدئ بيمين المشترى الخ قال الرملي: هذا إذا كان الاختلاف فى الثمن أما لو كان فى المبيع يبدأ بيمين البائع كما يستفاد مما يأتي فى الاختلاف فى الاجارة اه قلت و وجهه ظاهر لكن عبارة ابن الكمال: و حلف المشترى أولاً فى الصور الثلاث الخ يعنى الاختلاف فى الثمن أو فى المبيع أو فيهما وهو مخالف أيضا لظاهر التعليل بقوله لأن المشترى أشدهما إنكارا الخ تأمل كذا فى المنحة على البحر. (٢)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص٢٦٦ ج٤.

و هو إلزام الثمن و لو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفائه الثمن و كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة و السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر و أقل فائدته التقديم و إن كان بيع عين

لا يستوفي بالنكول (و هو) أي التعجيل بفائدة النكول (إلزام الثمن) و البائع يتأخر فائدة لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن و هو معنى قوله (و لو بدأ) أي القاضي (بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفائه) أى استيفاء البائع (الثمن) لأنه يقال له أمسك المبيع حتى يستوفى الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى (و كان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) هذا الحديث رواه (١) أبو داود رحمه الله تعالى عن أبى عميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده قال اشترى الاشعث رقيقا من رقيق الخمس من عبد الله رضى الله تعالى عنه بعشرين ألفا فأرسل عبد الله رضى الله تعالى عنه إليه فى ثمنهم فقال إنما أخذتهم بعشرة آلاف فقال عبد الله رضى الله تعالى عنه فاختر رجلا يكون بيني و بينك قال الاشعث انت بيني و بين نفسك قال عبد الله رضى الله تعالى عنه فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا اختلف البيعان و ليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان و رواه الحاكمؒ في المستدرك و قال صحيح الاسناد و لم يخرجاه قال ابن القطانؒ و فيه انقطاع بين محمد بن الاشعث و ابن مسعود رضي الله تعالى عنه و مع الإنقطاع فعبد الرحمن بن قيس مجهول الحال و أخرجه (٢) الترمذي رحمه الله تعالى عن عون بن عبد الله عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع و المبتاع بالخيار و قال هذا حديث مرسل عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة و السلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالذكر حيث جعل القول قول البائع (و أقل فائدته) أى فائدة التخصيص (التقديم) و أجاب الأقطعؒ بأنه إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشترى معلومة لا تشكل لقوله عليه الصلاة و السلام و اليمين على من أنكر فسكت عليه الصلاة و السلام عما تقدم بيانه و بين ما يشكل و لم يتقدم بيانه (و إن (٣) كان بيع عين

(١)رواه أبو داود رحمه الله تعالى فى البيوع باب إذا اختلف البيعان و المبيع قائم ص١٣٩ ج٢. (٢)أخرجه الترمذى رحمه الله تعالى فى البيوع باب ما جآء إذا اختلفا البيعان ص١٥٣ ج١. (٣)و إن كان الخ يعنى أن هذا الذى ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشترى على القول الصحيح أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن و إن كان الخ كذا فى النتائج.

بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما و صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف و لقد باعه بألفين و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين و لقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تاكيداً و الأصح الإقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم و لا علمتم له قاتلاً قال فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما و هذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف

بعين) و هو المقايضة (أو ثمن بثمن) و هو الصرف (بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما) أي في الانكار و في فائدة النكول و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في كل البيوع في وجه و إنما ذكر المصنف رحمه الله تعالى هذا تفريعا على مسألة القدوري (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف و يحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف و لقد باعه بألفين و يحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين و لقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً) بيانه أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف و يكون باراً في يمينه فلعله اشتراه بألف و تسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة و كذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف و يكون صادقاً لجواز انه باعه بألف و درهم فيبطل حق المشتري (و الأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت) أي على النفي وضعت لا على الإثبات كالبينات وضعت على الإثبات (دل عليه) أى على أن الأيمان وضعت على النفي (حديث القسامة بالله ما قتلتم و لا علمتم له قاتلا) و سيأتي حديث القسامة في بابه إن شاء الله تعالى (قال) أي القدوري (فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما) هذا كلام القدوري و قال المصنف رحمه الله تعالى (و هذا يدل على أنه) أي أن البيع (لا ينفسخ بنفس التحالف) ما لم يفسخ القاضي و به صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع و لم ينفسخ (١) بالتحالف و قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فإن حلفا فالقياس ان يلتزم البيع للمشتري بما قال و في الاستحسان يترادان و لا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما حتى أن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم

---

(١)و لم ينفسخ بالتحالف و في الشامية: ظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي و إن فسخ أحدهما لا يكفي و إن اكتفى بطلب أحدهما بحر و ذكر فائدة عدم فسخه بنفس التحالف أنه لو كان المبيع جارية فللمشترى وطؤها كما في النهاية.

لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل و هو فاسد و لا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال و إن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال و إن إختلفا في الاجل أو في شرط الخيار أو في إستيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما

كان له ذلك و قال بعضهم بنفس التحالف ينفسخ و الأول أصح انتهى و قال الإمام الناصحي رحمه الله تعالى في تهذيب أدب القاضي و إن حلفا لا ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما لأن الفسخ حق لهما بدليل قوله عليه الصلاة و السلام تحالفا و ترادا (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة) بينهما (أو يقال إذا لم يثبت البدل) للتعارض بين قولهما (يبقى بيعاً بلا بدل و هو فاسد و لا بد من الفسخ في البيع الفاسد) و هما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و ان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) و قال المصنف رحمه الله تعالى (لأنه) أى لأن الناكل (جعل بازلاً) لصحة البذل في الأعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أى بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة (١) (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن إختلفا (٢) في الأجل) أى في أصله أو قدره (أو في شرط الخيار) أى في أصله أو قدره (أو في استيفاء بعض الثمن) و كذا لو اختلفا في استيفاء كل الثمن (فلا تحالف بينهما) عندنا و به قال أحمد و قال زفر و الشافعي و مالك رحمهم الله تعالى يتحالفان و لو اختلفا في أصل البيع

(١)لعدم المعارضة أقول في تقرير المصنفؒ شئ و هو أنه ساق الدليل على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقط حيث قال و جعل باذلا و النكول عندهما إقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا فكان الأحسن أن يقول لأنه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قاله صاحب الكافيؒ و الامام الزيلعيؒ ثم اعلم أن الامام الزيلعيؒ زاد فى شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء و قال و هو المراد بقول المصنفؒ لزمه دعوى الآخر لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل فظاهر و أما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده اه كذا فى النتائج. (٢)و ان اختلفا الخ أطلق الاختلاف في الأجل فشمل الاختلاف فى أصله و قدره فالقول لمنكر الزائد بخلاف ما لو اختلفا فى الأجل فى السلم فانهما يتحالفان كما قدمناه فى بابه و خرج الاختلاف فى مضيه فان القول فيه للمشترى لأنه حقه و هو منكر استيفاء حقه كذا فى النهاية و يستثنى من الاختلاف فى الأجل ما لو اختلفا فى أجل السلم بأن إدعاه أحدهما و نفاه الآخر فان القول فيه لمدعيه عند الامامؒ لأنه فيه شرط و تركه فيه مفسد للعقد و إقدامهما عليه يدل على الصحة بخلاف ما نحن فيه لأنه لا تعلق له بالصحة و الفساد فيه فكان القول لنافيه كذا فى البحر.

لأن هذا إختلاف في غير المعقود عليه و المعقود به فاشبه الاختلاف في الحط و الإبراء و هذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الإختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فان الثمن دين و هو يعرف بالوصف و لا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال و القول قول من ينكر الخيار و الأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط

لم يتحالفا بالاجماع (لأن هذا) أي الاختلاف في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) و هو المبيع (و المعقود به) و هو الثمن (فأشبه الاختلاف في الحط) أى في الحط من الثمن (و الابراء) أي الابراء عن الثمن و لا تحالف فى الاختلاف فيهما بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا فى الاختلاف فى الأمور المذكورة (و هذا) أى كون الاختلاف فى الأمور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه و المعقود به (لأن بإنعدامه) أي بإنعدام ما ذكر من الأجل و شرط الخيار و استيفاء بعض الثمن (لا يختل ما به قوام العقد) لأن الأجل أو شرط الخيار أمر زائد في العقد لأن العقد يصح بدونهما و لهذا لو اختلفا في الثمن فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف درهم و الآخر بالدنانير لا يقبل و لو اختلفا في الاجل فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف إلى شهر و الآخر بالبيع بالف و لم يذكر الأجل يقبل و يقضى بالبيع بألف حالة و كذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام و الآخر شهد أنه باعه و لم يذكر الخيار جازت الشهادة (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة و الردائة (أو جنسه) اى جنس الثمن كالدراهم و الدنانير (حيث يكون) أى الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف) أى في وجوبه (لأن ذلك) أي الاختلاف في الوصف أو الجنس (يرجع إلى نفس الثمن) أى إلى الاختلاف فى نفس الثمن (فان الثمن دين و هو يعرف بالوصف) بأنه جيد أو رديء أو وسط (و لا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط و أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه) أي بعد مضي الاجل و لو كان وصفا لتبعه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و القول (١) قول من ينكر الخيار و الأجل مع يمينه لأنهما) أى لأن الاجل و الخيار (يثبتان بعارض الشرط) يعني

---

(١) و القول الخ فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت و ذكروا فى خيار الشرط فيه قولين قدمناهما فى بابه و المذهب ما ذكروه هنا كذا فى البحر.

و القول لمنكرِ العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمه الله تعالى و القول قول المشتري و قال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان و يفسخ البيع على قيمة الهالك و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و على هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب

بشرط عارض على أصل العقد (و القول لمنكر العوارض) و الحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان هلك المبيع) بعد قبض المشتري (ثم اختلفا) يعني في مقدار الثمن (لم يتحالفا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمه الله تعالى و القول قول المشترى) مع يمينه و به (١) قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و قال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان و يفسخ البيع على قيمة الهالك) يعنى بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة (و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و على هذا) أي و على هذا الخلاف (إذا خرج المبيع عن ملكه) أى عن ملك المشترى بالبيع أو بالهبة (أو صار) أى المبيع (بحال لا يقدر) أى المشتري (على رده بالعيب (٢)) أى بحدوث عيب في يده

---

(١)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ و في المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٢٦٨ ج٤ و إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد رحمه الله تعالى فيها روايتان (احداهما) يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله تعالى (و الأخرى) القول قول المشترى مع يمينه اختارها ابوبكر رحمه الله تعالى و هذا قول النخعي و الثورى و الاوزاعي و أبى حنيفة رحمهم الله تعالى اه. (٢)بالعيب قال في الكفاية بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة اه و في شرح درر البحار: أو تغير إلى زيادة منشؤها الذات بعد القبض متصلة كانت أو منفصلة كولد و أرش و عقر و إذا تحالفا عند محمد رحمه الله تعالى يفسخ على القيمة إلا إذا اختار المشتري رد العين مع الزيادة و لو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره كانت قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقاً و يكون الكسب للمشتري اتفاقاً اه قال الرملي: و قد صرحوا بأن الزيادة المتصلة بالمبيع التي لم تتولد من الأصل مانعة من الرد كالغرس و البناء وطحن الحنطة و شي اللحم و خبز الدقيق فإذا وجد شيء من ذلك لا تحالف عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى و الله تعالى أعلم و لم يذكر هذا الشارح و لا غالب الشروح و الفتاوى اختلافهما بعد الزيادة و لا بعد موت المتعاقدين أو أحدهما مع شدة الحاجة إلى ذلك و قد ذكر ذلك مفصلاً في التتارخانية فارجع إليه إن شئت ثم بحثت في الكتب فرأيت ابن ملك قال في شرح المجمع اعلمَ أن مسألة التغير مذكورة في المنظومة و قد أهملها المصنف ثم تغيره إلى زيادة إن كان من حيث الذات بعد القبض متصلة كانت أو منفصلة متولدة من عينها كالولد أو بدل العين كالأرش و العقر يتحالفان عند محمد خلافاً لهما و إذا تحالفا يترادان القيمة عنده إلا إن شاء المشتري أن يرد العين مع الزيادة و قيل يترادان رضي المشتري أو لا قيدنا الزيادة بقولنا من حيث الذات لأنها لو كانت من حيث السعر يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعده و قيدنا =>

لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه و الآخر ينكره و انه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة و لابي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى أن التحالف

(لهما) أى لمحمد و الشافعي رحمه الله تعالى (أن كل واحد منهما) أى من البائع و المشترى (يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه و الآخر ينكره) لأن كل واحد منهما مدع و مدعى عليه فان البائع يدعي عقداً ينكره المشتري و المشتري يدعي عقداً ينكره البائع (و انه) أي و ان التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) عن المشترى عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا و قال الكاكي رحمه الله تعالى هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رحمه الله تعالى بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد و امتنع التراد بالهلاك فلا فائدة فى التحالف فاجاب عنه و قال بل فيه فائدة و هى دفع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فإن قيل هذا يحصل بتحليف المشترى حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري إذا نكل يلزمه الثمن الذى ادعاه البائع و البائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فإذا كان كذلك (فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بأن ادعى احدهما الدنانير و الآخر الدراهم بعد هلاك المبيع فانهما يتحالفان و يلزم المشتري رد القيمة (و لأبي يوسف و أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن التحالف

=> بقولنا متولدة من عينها لأنها لو لم تكن كذلك يتحالفان اتفاقاً و يكون الكسب للمشتري عندهم جميعاً و في التتارخانية و في التجريد و إن وقع الاختلاف بين ورثتهما أو بين ورثة أحدهما و بين الحي فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع و في شرح الطحاوي: إلا أن اليمين على الورثة على العلم و إن كان بعد القبض فكذلك عند محمد و على قول أبي حنيفة و أبي يوسف لا يتحالفان و في شرح الطحاوي و القول قول المشتري أو قول ورثته بعد وفاته و فيها و في الخلاصة: رجل اشترى شيئاً فمات البائع أو المشتري و وقع الاختلاف في الثمن بين الحي و ورثة الميت إن مات البائع فإن كانت السلعة في يد الورثة يتحالفان و إن كانت السلعة في يد الحي لا يتحالفان عندهما و قال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان هذا إذا مات البائع فإن مات المشتري و السلعة في يد البائع يتحالفان عند الكل و إن كانت السلعة في يد ورثة المشتري عندهما لا يتحالفان و على قول محمد يتحالفان و هلاك العاقد بمنزلة المعقود عليه و ممن ذكر مسألة التغير بالزيادة و النقص الاختيار و المنهاج و التغير بالعيب الدرر و الغرر و الله أعلم واقعة حال اختلف المشتري مع الوكيل بقبض الثمن هل يجري التحالف بينهما و قد كتبت الجواب: لا يجري إذ الوكيل بالقبض لا يحلف و إن ملك الخصومة عند الإمام فيدفع الثمن الذي أقر به له و إذا حضر الموكل المباشر للعقد و طلبه بالزيادة يتحالفان حينئذ اهـ كذا في المنحة على البحر.

بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه و قد ورد الشرع به في حال قيام السلعة و التحالف فيه يفضي إلى الفسخ و لا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه و لأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد و فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

بعد القبض) أي بعد قبض السلعة (على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه) و لا يدعي المشترى على البائع شيئاً ينكره لأن المبيع مملوك له سلم اليه (و قد ورد الشرع به) أي بالتحالف (في حال قيام السلعة) فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد و يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه و بعد الهلاك لم يحصل ذلك إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة و الرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف (و التحالف فيه) أي في حال قيام السلعة (يفضي إلى الفسخ) و هذا جواب عما يقال ان لم يتعد إلى غيره يلحق به بالدلالة فاجاب بقوله و التحالف فيه يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما كما ذكرنا الآن (و لا كذلك بعد هلاكها) أي بعد هلاك السلعة (لإرتفاع العقد) بالهلاك (فلم يكن في معناه) أى فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق بالدلالة (و لأنه لا يبالي) هذا جواب عن قولهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه و هو قول بموجب العلة أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأنه لا يبالي (بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود) و هو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له و هلك على ملكه و ليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين قال (١) الأكمل رحمه الله تعالى و نوقض بحال قيام السلعة و بما إذا اختلفا بيعاً و هبة فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل و التحالف موجود لاختلاف السبب و أجيب عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس و عن الثاني بأنه على الاختلاف و المذكور في بعض الكتب قول محمد رحمه الله تعالى (و إنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد و فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما و انه يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد و فائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول و النكول من موجبات التحالف و التحالف ليس من موجبات العقد فلايترك به ما هو من موجباته وهو ملك المبيع و قبضه و فيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف و ليس من موجباته و هو ملك المبيع

---

(١)قال الاكمل فى العناية ص ٢٠٢ ج٧.

و هذا إذا كان الثمن ديناً فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال و إن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك و في الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه

و قبضه و فيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف و ليس التحالف من موجبات العقد و الجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (و هذا) أي هذا الاختلاف (إذا كان الثمن ديناً) ثابتاً في الذمة كالدراهم و الدنانير و المكيلات و الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فإن كان عيناً) أى فان كان الثمن عينا كالثوب و الفرس و نحو ذلك بأن كان العقد مقايضة و هلك احد العوضين (يتحالفان لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ) و هو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته) أى أو يرد قيمته (إن لم يكن له مثل) كالحيوان فيما إذا تبايعا حيواناً بحيوان (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن هلك أحد العبدين) يعنى باع الرجل عبدين صفقة واحدة و قبضهما المشتري فهلك أحدهما (ثم اختلفا في الثمن) فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم (لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) و الهلاك على نوعين هلاك حقيقي كهلاك العبد و الطعام إذا أكله و الثوب إذا احترق و ذلك مما يوجب الفوات و هلاك حكمي و هو أن يخرج من ملكه كله أو بعضه و خروج البعض من ملكه كخروج الكل عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف و كذلك خروج البعض فاذا تحالفا ان خرج الكل عن ملكه فعلى المشتري رد القيمة و مثله ان كان مثليا و ان خرج البعض فان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر و يكون التبعيض عيباً فالبايع بالخيار بعد التحالف إن شاء أخذ الباقي و قيمة الهالك و إن شاء رد الباقى و أخذ قيمة الكل و ان لم يكن في تبعيضه ضرر و ليس التبعيض بعيب فللبائع أن يأخذ الباقي و قبل الغائب و إن عاد إلى ملكه ثم اختلفا ينظر ان كان العود فسخا يتحالفان و يترادان القيمة دون العين و إن عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان و يترادان القيمة دون العين (و في (١) الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه

(١)و فى الجامع الصغير الخ و إنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لأن لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشترى و لفظ القدورى الذى هو لفظ المبسوط يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا كذا فى الكفاية و النتائج.

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي و لا شيء له من قيمة الهالك و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتحالفان في الحي و يفسخ العقد في الحي و القول قول المشتري في قيمة الهالك و قال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان عليهما و يرد الحي و قيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن إمتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة و هي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها و لأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة و هي تعرف بالحزر و الظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل و

عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا أن يشاء البائع) أى إلا ان يرضى البائع (ان يأخذ العبد الحي و لا شيء له من قيمة الهالك) أي من ثمن الميت (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتحالفان في الحى و يفسخ العقد في الحي و القول (١) قول المشتري في قيمة الهالك و قال محمد رحمه الله تعالى يتحالفان عليهما و يرد الحي و قيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده) أي عند محمد رحمه الله تعالى (فهلاك البعض أولى) و الجواب ان هلاك البعض مهوج إلى معرفة القيمة بالحزر و ذلك مجهل فى المقسم عليه فلا يجوز (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن إمتناع التحالف للهلاك) أي لأجل هلاك احد العبدين (فيتقدر بقدره) أي فيتقدر الإمتناع بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة و الجواب عنه هو الجواب المذكور (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن التحالف) بعد القبض ثبت (على خلاف القياس في حال قيام السلعة و هى) أى السلعة (اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه و ما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير فحصل من هذا الدليل نفى القياس و الجواب عن قول محمد رحمه الله تعالى كما لا يخفى (و لأنه) قال الكاكي رحمه الله تعالى هذا جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أي و لأن الشأن (لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أى قسمة الثمن باعتبار القيمة (و هي) أى القيمة (تعرف بالحزر و الظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل و

---

(١)و القول قول المشترى فى قيمة الهالك أقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور لأن قول المشترى إنما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشترى كما سيجيء تفصيله لا فى قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنفؒ فيما سيأتى حيث قال فان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى و عن هذا قال صاحب الكافىؒ و قال أبو يوسفؒ يتحالفان فى الحى و يفسد العقد فى الحى و القول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى كذا فى النتائج.

ذلك لا يجوز إلا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم و يخرج الهالك عن العقد فيتحالفان و هذا تخريج بعض المشايخ و يصرف الإستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا و قالوا إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي و لا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً و قال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري و إنما لا يأخذ الزيادة

ذلك لا يجوز) فإن قيل يشكل على أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما لو أقام القصار بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا في الاجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه و في حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل و استيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع فينبغي أن يبقى التحالف عنده قلنا عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فبتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي و اما عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي (إلا ان يرضى) أي البائع (ان يترك حصة الهالك اصلا) أى بالكلية و يجعل الهالك كأن لم يكن و كأن العقد لم يكن إلا على القائم (لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم و يخرج الهالك عن العقد) فإذا كان الأمر كذلك (فيتحالفان) كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة و هذا إشارة إلى قوله لأنه حينئذ الخ و فيه إشارة ايضاً إلى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في الجامع الصغير في قوله إلا ان يشاء البائع أن يأخذ الحي و لا شئ له من قيمة الهالك فالذي ذكره قول عامة المشايخ اشار اليه بقوله (و هذا تخريج بعض المشايخ و يصرف الاستثناء) المذكور في الجامع الصغير (عندهم إلى التحالف) بيانه انهم قالوا يصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف أى لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا ان يشاء البائع ان يأخذ العبد الحي و لا يأخذ شيئاً من ثمن الهالك اصلا فيتحالفان لأنه حينئذ صار المبيع كل الحي (كما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابله القائم و يخرج الهالك عن العقد فيتحالفان (و قالوا) أي قال بعض المشايخ رحمهم الله تعالى (إن المراد من قوله) أى من قول محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير) في روايته عن يعقوب رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا ان يشاء البائع أن (يأخذ الحي و لا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً اصلا) لما ذكرنا انه حينئذ صار المبيع كل الحي (و قال بعض المشايخ) و هم مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى (يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى و إنما لا يأخذ الزيادة) قال

و على قول هؤلاء ينصرف الإستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله تعالى ما بيناه في القائم و إذا حلفا و لم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما و يأمر القاضي المشتري برد الباقي و قيمة الهالك و اختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى

الصدر الشهيدّ في شرح الجامع و هو الصحيح يعنى القول قول المشترى مع اليمين إلا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي فلا يضمنه شيئاً مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشترى و حينئذ لا يحلف المشترى لأن الاستحلاف انما شرع في حق المشترى إذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فإذا ترك البائع دعوى الزيادة فلا حاجة إلى استحلاف المشترى (و على قول هؤلاء) أي قول بعض المشايخ الذين ذكرهم (ينصرف الإستثناء) و هو قوله إلا ان يشاء البائع أن يأخذ الحي و لا شيء له (إلى يمين المشتري لا إلى التحالف) معناه أن البائع يأخذ الحي صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر و صار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يكون القول قول المشترى مع اليمين إلا أن يأخذ البائع الحي صلحا و لا يأخذ شيئاً آخر فحينئذ لا يحلف المشتري (لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) و قال الشيخ الإسلامّ هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع و لو كان كذلك لكان معلقاً بمشيئتهما (ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله تعالى) لما كان قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما التحالف على قول محمد رحمه الله تعالى (ما بيناه في القائم) أي في المبيع القائم على حاله أراد به ما ذكره بقوله و صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ (و إذا حلفا و لم يتفقا على شيء) يعني من الثمن (فادعى احدهما الفسخ او كلاهما الفسخ) أى أو كلاهما ادعيا الفسخ (يفسخ العقد بينهما و يأمر القاضى المشترى برد الباقي و قيمة الهالك) أي و برد قيمة الهالك و القول في قيمته للمشترى لأن البائع يدعي زيادة قيمته و هو ينكر فيكون القول له كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد (و اختلفوا في تفسيره) أي اختلف المشايخّ في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى) فقال بعضهم يتحالفان على القائم لا غير لأن العقد يفسخ في القائم لا في الهالك و هذا ليس بصحيح

و الصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع و إن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري و إن حلف يفسخان البيع في القائم و يسقط حصته من الثمن و يلزم المشتري حصة الهالك و يعتبر قيمتهما في الإنقسام يوم القبض و إن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع

لأن المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا و كذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدق فلا يفيد التحالف (و الصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع و إن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه) أي البائع (دعوى المشتري و إن حلف يفسخان البيع في القائم و يسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن و يلزم المشتري حصة الهالك) من الثمن الذي اقر به المشتري و لا يلزمه قيمة الهالك (و يعتبر قيمتهما) أي قيمة الهالك و الباقي (في الانقسام يوم القبض) فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري نصف الثمن الذي اقر به و سقط نصفه و إن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى بقدرها حصة من الثمن الذى أقر به و يسقط عنه الباقى من ذلك الثمن (و إن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمته يوم القبض خمسمائة و قيمة القائم يوم القبض كانت الفاً و قال البائع على عكس هذا (فالقول قول البائع) أى مع يمينه لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن و المشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن فكان البائع متمسكاً بالأصل كذا في الجامع لقاضيخان فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد حتى قال محمد رحمه الله تعالى قيمة الأم تعتبر يوم العقد و قيمة الزيادة يوم الزيادة و قيمة الولد يوم القبض لأن الأم صارت مقصودة بالعقد و الزيادة بالزيادة و الولد بالقبض و كل واحد من العبدين ههنا صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض و في الفوائد الظهيرية هذا إشكال هائل اوردته على قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ثم قال و الذي تخايل لي بعض طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً

و أيهما اقام البينة يقبل بينته و إن أقاماها فبينة البائع أولى و هو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين و قبضهما ثم رد أحدهما بالعيب و هلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده و يسقط عنه ثمن ما رده و ينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك و البائع ينكره و القول للمنكر و ان أقاما البينة فبينة البائع أولى لانها أكثر إثباتاً ظاهراً لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك و هذا لفقه

بالعقد و فيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف أما في الحي منهما فظاهر و كذلك في الميت لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك و هو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رحمه الله تعالى حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض (و أيهما اقام البينة يقبل بينته) لأنه نور دعواه بالحجة (و إن أقاماها فبينة البائع اولى) لأنها أكثر اثباتاً لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك و لا معتبر لدعوى المشترى زيادة في قيمة القائم لأنها ضمنية و الاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف رحمه الله تعالى ما هو على قياسه بقوله (و هو قياس ما ذكر في بيوع الأصل) أي المبسوط و هو قوله (اشترى عبدين و قبضهما ثم رد احدهما بالعيب و هلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده و يسقط عنه ثمن ما رده و ينقسم الثمن على قيمتهما) أي قيمة العبدين يوم القبض (فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشترى يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك و البائع ينكره و القول قول المنكر و إن اقاما البينة فبينة البائع اولى لأنها اكثر اثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك) و البينات شرعت للاثبات فما كان اكثر إثباتاً كان اولى (و هذا) اى اعتبار بينة البائع و يمينه (لفقه) أي لمعنى فقهى و بين الفقه بقوله و هو أن في الأيمان يعتبر الحقيقة إلى آخره كذا فسره الا ترازي رحمه الله تعالى و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله و هذا لفقه أى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فى أن القول قول البائع و البينة بينته و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى قوله و هذا لفقه الخ يعني أن في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر و البائع يدعى ظاهرا فانه يدعي زيادة القيمة للهالك فتكون البينة

و هو أن في الايمان تعتبر (١) الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين و هما يعرفان حقيقة الحال فيبنى (٢) الأمر عليها و البائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله و في البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما و البائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً و تترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر و هذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى قال و من اشترى جارية و قبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان و يعود البيع الأول و نحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه

بينته قلت هذا هو المناسب لما ذكره المصنف رحمه الله تعالى بقوله (و هو) أى الفقه (أن في الايمان تعتبر الحقيقة) أى حقيقة الحال (لأنها) أى لأن الأيمان (تتوجه على أحد العاقدين و هما يعرفان (٣) حقيقة الحال فيبنى الأمر عليها) أى على حقيقة الحال (و البائع منكر حقيقة) لأنه ينكر سقوط الزيادة (فلهذا كان القول قوله و في البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان (٤) حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما) أى في حق الشاهدين (و البائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً و تترجح) أى بينة البائع على بينة المشترى (بالزيادة الظاهرة على ما مر) و هو قوله لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً (و هذا) أى ما ذكر في بيوع الأصل (يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى) في التحالف و تفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى جارية) بألف درهم (و قبضها) أى قبض الجارية (ثم تقايلا) أي البيع حال قيام الجارية (ثم اختلفا في الثمن) بأن قال المشترى كان الثمن الفاً فعليك أن ترد الالف و قال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة (فانهما يتحالفان) لأن الاقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع و قطع المنازعة حق الشرع (و يعود البيع الأول) حتى يكون حق البائع في الثمن و حق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة و لا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما أو فسخها القاضي لأنها كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ (و نحن ما أثبتنا) هذا جواب عما يقال النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها فأجاب بقوله و نحن ما أثبتنا (فيه) أى في التقايل (التحالف بالنص لأنه) أى لأن النص هو قوله عليه الصلاة و السلام إذا اختلف

(١)تعتبر. ن. يعتبر. (٢)فيبنى. ن. فبنى. (٣)يعرفان حقيقة الحال لأن العقد فعل أنفسهما و الانسان أعرف بحال نفسه. (٤)لا يعلمان حقيقة الحال لأنهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما فيجوز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك كذا فى النتائج.

ورد في البيع المطلق و الاقالة فسخ في حق المتعاقدين و إنما اثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض و القياس يوافقه على ما مر و لهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض و الوارث على العاقد و القيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري و لو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى

البيعان و السلعة قائمة بعينها تحالفا و ترادا (ورد في البيع المطلق) أى فى البيع من كل وجه (و الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) بيع جديد في حق غيرهما فاذا كان كذلك ما أثبتناه بالنص (و انما اثبتناه) أى التحالف (بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة و صار التحالف معقولاً و هو معنى قوله (و القياس يوافقه على ما مر) أى في أول الباب (و لهذا) توضيح لقوله و إنما أثبتناه بالقياس (نقيس الاجارة على البيع قبل القبض) يعني إذا اختلف المؤجر و المستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة يجرى التحالف بينهما (و الوارث على العاقد) أى و نقيس الوارث على العاقد يعني وارثا البائع و المشترى إذا اختلفا في الثمن يجرى التحالف بينهما و به قالت الأئمة الثلاثةؒ (و القيمة على العين) أى و نقيس القيمة على العين (فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى) يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع و ضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص إذ ذاك معقول المعنى و قال الأترازىؒ و هذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف رحمه الله تعالى و في بعض النسخ فيما إذا استهلك المشترى يعني بفتح الراء و في بعضها فيما إذا استهلك المبيع و قال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري رحمه الله تعالى على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى اه و فى معراج الدراية الصواب إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنفؒ أو الصواب استهلك المشترى بضم التاء على صيغة بناء المفعول و المشترى على صيغة المفعول و في المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل و هي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقدعليها (و لو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (١) خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى

---

(١)أبى يوسف رحمه الله تعالى فان قيل الاقالة بيع عند أبى يوسف رحمه الله تعالى فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضا قلنا إن أصل أبى يوسف رحمه الله تعالى فى الاقالة هو أنها بيع إلا أن =>

لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً قال و من أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه و لا يعود السلم لأن الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع ألا ترى (١) أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب و هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم و لو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما

لأنه) أى لأن محمدا رحمه الله تعالى (يرى النص معلولاً بعد القبض ايضاً) لأنه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر و هذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى بيوع الجامع الصغير (و من أسلم عشرة دراهم في كر حنطة) بضم الكاف و تشديد الراء و هو مكيال لأهل العراق معروف قال (٢) الازهري الكر ستون قفيزاً و القفيز ثمانية مكاكيك و المكوك صاع و نصف و هو ثلاث كيلجات قال و هو من هذا الحساب اثنا عشر وسقاً و الوسق ستون صاعاً (ثم تقايلا) أي السلم (ثم اختلفا في الثمن) يعني فى رأس المال (فالقول قول المسلم اليه) مع يمينه لأن رب السلم يدعي عليه زيادة و هو ينكر و لا يتحالفان (و لا يعود السلم لأن (٣) الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض) أي الفسخ (لأنه) أي الاقالة على تأويل التقايل (اسقاط) للمسلم فيه و هو دين و الدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع) فإنها تحتمل الفسخ و يعود البيع لكونه عينا إلى المشتري بعد عوده إلى البائع ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب) يعني بحكم القاضي بذلك (و هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم و لو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل) أي ما ذكرنا (على الفرق بينهما) أي بين السلم و بين (١) العين

=> لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض فى المنقول فتجعل فسخا كما بينوا فى باب الاقالة و فيما نحن فيه لما اختلفا فى الثمن و لم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص و لا بالقياس كذا قاله قاضي زادهٓ في النتائج. (١)ترى. ن. يرى. (٢)قال الأزهرى الخ كذا فى المغرب ص٢١٤ ج٢ و فى تاج العروس: الكرستة أوقار و هو عند أهل العراق ستون قفيزا أو أربعون اردبا بحساب أهل مصر كما قاله ابن سيده اه ملخصا. (٣)لأن الاقالة الخ قال العلامة ابن نجيمٓ فى البحر: و ينبغى أخذا من تعليلهم أنهما لو اختلفا فى جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك و لم أره صريحا و قد علم من تقريرهم هنا أن الاقالة تقبل الاقالة إلا فى إقالة السلم و أن الابراء لا يقبلها و قد كتبناه فى الفوائد. (١)بين العين و فى النتائج: فان قيل ما الفرق لمحمد رحمه الله تعالى بين إقالة السلم و بين ما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا فى مقدار الثمن فانهما =>

قال و إذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف و قالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته و ان لم تكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية و انه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ و لكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف درهم و قالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة) أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة و إنما الاشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة و انما قبلت لأنه مدع في الصورة و هي كافية لقبولها (فان اقاما) أي الزوجان (البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه) أي معنى قول القدوري رحمه الله تعالى في مختصره فالبينة بينة المرأة (إذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته) قيد به لأنه إذا كان مثل ما ادعته المرأة أو اكثر فبينة الزوج اولى لأنها تثبت الحط و بينتها لا تثبت شيئاً لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل اليه اشار الإمام قاضيخان رحمه الله تعالى (و إن لم يكن لهما) أي للزوجين (بينة) يعنى بعد الاختلاف في المهر (تحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لا يفسخ النكاح لأن اثر التحالف في انعدام التسمية و انه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لإن عدم التسمية يفسده) أي لأن عدم تسمية الثمن في البيع يفسد البيع لأنه ركن فيه (على ما مر) في كتاب البيوع و في كتاب النكاح ايضاً (فيفسخ) أي البيع بخلاف النكاح فإنه لا يفسخ (و لكن يحكم) بتشديد الكاف من التحكيم على صيغة المجهول مسنداً إلى قوله (مهر المثل) أى يجعل مهر المثل حكما لرفع النزاع و بين تفصيل ذلك بقوله (فإن كان) أي مهر مثلها (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهد له) أي للزوج أما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله

=> يتحالفان فيما إذا هلكت السلعة و لا يتحالفان في إقالة السلم إذا اختلفا فى مقدار رأس المال و ان فات المعقود عليه فى الفصلين جميعا قلنا الاقالة فى السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه و التحالف بعد هلاك السلعة يجرى فى البيع لا فى الفسخ كذا فى النهاية و معراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية.

و إن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما ادعته المرأة و إن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج و أقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت (١) الزيادة على مهر المثل و لا الحط عنه قال ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم و هذا قول الكرخي رحمه الله تعالى لأن مهر المثل لا إعتبار له مع وجود التسمية و سقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها و يبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري و تخريج الرازي رحمه الله تعالى بخلافه و قد استقصيناه في النكاح

مهر المثل و أما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها (و إن كان) أي مهر مثلها (مثل ما ادعته المرأة أو اكثر) مما ادعته (قضى بما ادعته المرأة) لأن الظاهر شاهد لها (و إن كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج و أقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (لم يثبت الزيادة على مهر المثل و لا الحط عنه) أي عن مهر المثل (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (ذكر) أي القدوري رحمه الله تعالى (التحالف اولاً ثم التحكيم) أي ثم ذكر التحكيم بعده (و هذا) أي الذي ذكره القدوري رحمه الله تعالى هكذا (قول الكرخي رحمه الله تعالى لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية و سقوط اعتبارها) أي اعتبار التسمية (بالتحالف فلهذا يقدم) أي التحالف (في الوجوه كلها) يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو اكثر منه أو كان بينهما فهذه خمسة أوجه (و يبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (تعجيلا لفائدة النكول) لأن اول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه لأن الزوج بمنزلة المشتري و المهر كالثمن و البضع كالمبيع و اليه ذهب الأمام الاسبيجابي رحمه الله تعالى في شرح الطحاوي و اليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى ايضاً في هذا المقام و لكن لم يتعرض له في باب المهر (كما في المشتري) فإنه يبدأ بيمينه اولاً و قالوا في شرح الجامع الصغير يبدأ (٢) التحالف بالقرعة لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر (و تخريج الرازيّ بخلافه و قد استقصيناه في النكاح) أي و قد استقصينا

---

(١)لم تثبت. ن. لم يثبت. (٢)يبدأ التحالف الخ نقل الرمليّ عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما إستحبابا و اختار في الظهيرية و الولوالجية و شرح الطحاوى و كثير أنه يبدأ بيمينه و الخلاف في الاولوية اه .كذا في المنحة على البحر.

و ذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله تعالى فلا نعيده و لو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد و المرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي و لم يوجد فوجبت القيمة و إن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا و ترادا معناه اختلفا في البدل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر

الكلام فيه في كتاب النكاح (و ذكرنا خلاف أبي يوسف رحمه الله تعالى) حيث قال إن القول قول الزوج عند أبي يوسف رحمه الله تعالى في جميع ذلك إلا ان يأتي بشيء مستنكر (فلا نعيده) أي لا نعيد بيان قول أبي يوسف رحمه الله تعالى هنا للإكتفاء بما ذكره هناك (و لو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد و المرأة تدعيه) أي تدعي النكاح (على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة) يعني انه يحكم مهر المثل اولاً فمن شهد له فالقول له و إن كان بينهما يتحالفان و قد اوضح ذلك صاحب الايضاح حيث قال و إن ادعى الزوج أن المهر هو هذا العبد و قالت المرأة هذه الجارية فالكلام فيه كالكلام فى الألف و الألفين إلا فى فصل واحد و هو ان مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية أو اكثر فلها قيمة الجارية لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي فاذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة و قال شمس الأئمة البيهقي رحمه الله تعالى في الكفاية إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر لها مهر مثلها لا يتجاوز قيمة الجارية و إن كان أقل من قيمة العبد لها مهر مثلها إلا أن ترضى بأخذ العبد لأن تملك عين الحيوان لا يمكن إلا إذا اتفقا عليه و لم يتفقا على تملك الجارية فيرجع إلى قيمتها و هذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف بقوله (إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضى و لم يوجد) أى التراضى (فوجبت القيمة) أي قيمة الجارية (و إن اختلفا في الإجارة قبل (١) استيفاء المعقود عليه تحالفا و ترادا) هذا لفظ للقدوري رحمه الله تعالى و قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه اختلفا فى البدل و المبدل) أراد بالبدل الأجرة و بالمبدل المعقود عليه و هو المنفعة (لأن التحالف في البيع قبل القبض) أي قبل قبض المبيع (على وفاق القياس على ما مر) أشار الى قوله في أول الباب لأن البائع يدعى زيادة الثمن و

---

(١)قبل استيفاء الخ و المراد بالاستيفاء التمكن منه فى المدة و بعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه فى وجوب الأجر كذا فى البحر.

و الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع و كلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الإختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة و إن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المواجر فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه

المشتري ينكرها الخ (و الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) في كونها عقد معاوضة يقبل الفسخ فالحقت الإجارة به فإن قيل قيام المعقود عليه شرط و المنفعة معدومة قلنا الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديراً (و كلامنا قبل استيفاء المنفعة) أي كلامنا الذي ذكرناه انما هو عند الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه و أما إذا اختلفا بعد استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى (فإن وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده أجيب (١) بأن الاجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكاراً فيبدأ به و ان لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقى إنكار المستأجر لزيادة الاجرة فيحلف (و ان وقع) أي الاختلاف (في المنفعة يبدأ بيمين المواجر) هذا على غير القاعدة و الاصل أن يقال الموجر أو الآجر (فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) قال شمس الائمة البيهقي رحمه الله تعالى في كتاب الاجارات إختلفا في الاجرة قبل القبض فقال المستأجر بخمسة و قال المؤجر بعشرة أو في المدة فقال المؤجر شهراً و قال المستأجر شهرين أو المسافة قال هذا إلى البصرة و ذلك إلى الكوفة يتحالفان و تفسخ الاجارة و أيهما نكل لزمه دعوى صاحبه و من أقام بينة تقبل فإن أقاما فالبينة للمؤجر إن كان الخلاف في

---

(١) أجيب الخ أقول في الجواب بحث من وجوه الأول أن المؤجر و ان لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة و لكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسليمه إياها و إن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعينها و إلا لم يكن المؤجر منكرا لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع و هذا خلف و الثانى أن ما ذكره ههنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان فى المبيع دون الثمن فان المشترى هناك أيضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه بيمين المشترى كما يبدأ بيمينه فى صوة الاختلاف فى الثمن و يعلل بتعجيل فائدة النكول و الثالث أن قوله فبقى انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيصلف ان أراد به أنه لا انكار للمؤجر أصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح إذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلا فيختل وضع المسألة لأن وضعها فى التحالف لا فى حلف الواحد و إن أراد به أن للمؤجر أيضا انكارا إلا أن في انكار المستأجر ما يقتضى البدأ بيمينه فهو أول المسألة و لم يظهر بعد كذا فى النتائج.

و أيهما أقام البينة قبلت و لو أقاماها فبينة المواجر أولى إن كان الإختلاف في الأجرة و إن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى و ان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهراً بعشرة و المستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال و إن إختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا و كان القول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما و كذا على أصل محمد رحمه الله تعالى لأن الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها و لو جرى التحالف ههنا و فسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد و تبين أنه لا عقد و إذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه

قدر الاجرة أو نوعها أو جنسها و هذا كالشرح لقول المصنف (و أيهما أقام البينة قبلت) أى بينته (و لو أقاماها) أى كل واحد منهما أقام بينة (فبينة المواجر أولى) لأنها أكثر اثباتاً (ان كان الاختلاف فى الاجرة و ان كان) أى الاختلاف (في المنافع فبينة المستأجر اولى و ان كان فيهما) أي و ان كان الاختلاف في الاجرة و المنافع (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة و المستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) نظراً إلى كثرة الاثبات (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و ان اختلفا بعد الاستيفاء) أى بعد استيفاء المعقود عليه (لم يتحالفا و كان القول قول المستأجر و هذا) أي عدم التحالف (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) أي عند أبى حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (و كذا على أصل محمد رحمه الله تعالى) يعني ههنا (لأن الهلاك إنما لا يمنع) أي التحالف (عنده في المبيع لما أن له) أى للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين (فيتحالفان عليها) أي على القيمة (و لو جرى التحالف ههنا و فسخ العقد) بناء على أن التحالف هو الفسخ (فلا قيمة) أى للمعقود عليه حتى يكون التحالف عليها (لأن المنافع لا تتقوم بنفسها) لأنها عرض و العرض لا يبقى زمانين (بل بالعقد) أي بل تتقوم بواسطة العقد (و تبين أنه لا عقد) يعني ظهر بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الأصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ (و إذا امتنع) أي التحالف بالاجماع (فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه) و متى وقع الاختلاف في الاستحقاق

و إن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا و فسخ العقد فيما بقي و كان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال و إذا اختلف المولى و المكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يتحالفان و تفسخ الكتابة و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع و الجامع ان المولى يدعي بدلاً زائداً ينكره العبد و العبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه و المولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد و التصرف للحال و هو سالم للعبد و إنما ينقلب مقابلاً بالعتق عند الاداء

كان القول قول المستحق عليه مع يمينه (و إن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا و فسخ العقد فيما بقى و كان القول في الماضي قول المستأجر) لأنه هو المستحق عليه فيما مضي و هو المدعي عليه (لأن العقد) أى عقد الإجارة (ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد) ينعقد (فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) أى فاذا تعذر الفسخ في البعض بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فظهر (١) الفرق (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا إختلفا المولى و المكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) فالقول للعبد مع يمينه (و قالا يتحالفان و تفسخ الكتابة و هو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع) عند الاختلاف في الثمن (و الجامع) بينهما (أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد و العبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه و المولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا) أي المتبايعان (في الثمن) أي في ثمن المبيع (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن البدل) أي بدل الكتابة (مقابل بفك الحجر في حق اليد و التصرف للحال و هو) أي فك الحجر فى حق اليد و التصرف (سالم للعبد) لاتفاقهما على ثبوت الكتابة (و إنما ينقلب) أي البدل (مقابلاً بالعتق عند الاداء) يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من

---

(١)فظهر الفرق و فى البحر: و من فروع التنازع فى الاجارة ما فى منية المفتى: ادعى اثنان عينا أحدهما إجارة و الآخر شراء فأقر المدعى عليه للمستأجر فلمدعى الشراء أن يحلفه على دعوى الشراء و لو ادعيا إجارة فأقر لأحدهما ليس للآخر أن يحلفه آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول بينة فان كان الآجر حاضرا تقبل عليه البينة و إن كان مقرا بما يدعى عليه هذا المدعى و إن كان غائبا لا تقبل اه.

فقبله لا مقابلة فبقي إختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال و إذا اختلف الزوجان في متا ع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لأن الظاهر شاهد له

كونه مقابلاً بفك الحجر إلى كونه مقابلا بالحرية فههنا هي المقصود كما جعل وجوب الاجرة في ابتداء عقد الإجارة مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذا هنا (فقبله) أي قبل الأداء (لا مقابلة فبقى إختلافاً في قدر البدل لا غير) يغني لا في المبدل و العبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة و القول قول المنكر فإذا كان كذلك (فلا يتحالفان) لأن التحالف في البيع ثبت نصاً بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه و الكتابة ليست في معنى البيع لأن التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة من الجانبين و بدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيد فع عن نفسه و لهذا لا تصح الكفالة به فلا يصح الحاقه بالبيع فيكون القول للعبد مع (١) يمينه (قال) أي القدورى رحمه الله تعالى (و إذا اختلف (٢) الزوجان في متا ع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) و قال قاضيخان رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير و إذا اختلف الزوجان في متاع البيت و النكاح بينهما قائم أو طلقها و ادعى كل واحد منهما أن الكل له قال اصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة و القلنسوة و القباء و الاسلحة و الكتب و نحو ذلك فالقول فيها قول الرجل (لأن الظاهر شاهد له) و في الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر و قال الشافعي و زفر و عثمان البتى و أصحاب الظاهر رحمهم الله تعالى ما يصلح له أو لها و المشكل فهو بينهما بعد التحالف و قال (٣) أحمد و ابن أبي ليلى و الثورى رحمهم الله تعالى ما يصلح له فهو له مع يمينه و ما يصلح لها فهو لها مع يمينها و المشكل بينهما نصفان بعد التحالف و قال مالك رحمه الله تعالى نحوه إلا أنه قال المشكل

(١)مع يمينه و فى التبيين: و إن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بها و إن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة إلا أنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدى خمسمائة يعتق و لايمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه و كما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول و يجب عليه البدل اه. (٢)اختلف الزوجان الخ قيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه و عن اختلاف الأب مع بنته في جهازها أو مع ابنه فيما فى البيت و عن اختلاف اسكاف و عطار فى آلة الاساكفة أو العطارين و هى فى أيديهما و اختلاف الموجر و المستأجر فى متا ع البيت و اختلاف الزوجين فيما فى أيديهما من غير متا ع البيت و بيان الجميع فى البحر. (٣)قال أحمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص٢٢٥ ج١٢.

و ما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها و ما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لأن المرأة و ما في يدها في يد الزوج و القول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه و لا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة فان مات أحدهما و اختلفت ورثته

للرجل و قال ابن شبرمة الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها و قال الحسن البصري رحمه الله تعالى إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها الا ما على الرجل من ثياب بدنه و إن كان البيت له فالكل له لأن البيت و ما فيه في يده (و ما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية) و الملاءة و الخمار و الملحفة و الوقاية ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها تقي الخمار (لشهادة الظاهر لها) أي للمرأة (و ما يصلح لهما) أي للزوجين (كالآنية فهو للرجل) و قال قاضي خان رحمه الله تعالى المشكل ما يصلح لهما كالفرش و الرقيق و المنزل و الاواني و الامتعة و الذهب و الفضة و العقار و النقود و المواشي و قال التمرتاشي رحمه الله تعالى ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين إلا أن يكون الرجل صائغاً و له أساوير و خواتيم النساء و الحلى و الخلخال و أمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء لها و كذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة و القباء و المنطقة (لأن المرأة و ما في يدها في يد الزوج و القول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها) أى بالنساء (لأنه) أي لأن ظاهر اليد (يعارضه ظاهر أقوى منه) و هو يد الاختصاص بالاستعمال فكان القول لها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه و الآخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى بخلاف الاسكاف و العطار إذا اختلفا فى آلات الاساكفة و العطارين وهي في أيديهما فانها تكون بينهما تصفين عند علمائنا و لم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه و لم نشاهد استعمال الاساكفة و العطارين و شاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين (و لا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما) أي أحد (١) الزوجين (و اختلفت ورثته) أي

---

(١) أحد الزوجين و فى البحر: قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقها في المرض و مات الزوج بعد انقضاء العدة كان المشكل لوارث الزوج لأنها صارت أجنبية لم يبق لها يد و إن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنها ترث فلم تكن أجنبية فكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق كما فى الخانية و فى خزانة الأكمل: و لو مات الزوج فقالت الورثة قد كان الزوج طلقك فى حياته ثلاثا لم يصدقوا فى حق الأمتعة و القول قولها مع يمينها بالله ما تعلم أنه طلقها ثلاثا فى صحته أو مرضه و قد مات بعد إنقضاء عدتها فما كان من متاع الرجال و النساء فهو لورثة الزوج و إن مات فى عدة المرأة فهو للمرأة كأنه لم يطلق اهـ.

مع الآخر فما يصلح للرجال و النساء فهو للباقي منهما لأن اليد للحي دون الميت و هذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها و الباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز و هذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر و الطلاق و الموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم و قال محمد رحمه الله تعالى ما كان للرجال فهو للرجل و ما كان للنساء فهو للمرأة و ما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله تعالي و الطلاق و الموت سواء لقيام الوارث مقام المورث

ورثة الميت (مع آخر) و هو الحي منهما (فما يصلح للرجال و النساء) كالأواني و البسط و نحوها (فهو للباقي منهما) أي من الزوجين (لأن اليد للحي دون الميت) لأنه لا يد له (و هذا الذي) أى و هذا المجموع الذي (ذكرناه) من حيث الجملة لا من حيث التفصيل من أول المسألة إلى آخرها (قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل و ما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك و على هذا قوله (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (و الباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز و هذا) أي ظاهر المرأة (أقوى) لجريان العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره) أى لظاهر الزوج (فيعتبر) أى فكان معتبراً (و الطلاق و الموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم و قال محمد رحمه الله تعالى ما كان للرجال فهو للرجل و ما كان للنساء فهو للمرأة و ما يكون لهما) أي و ما كان يصلح للزوجين (فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى) من الدليل و هو أن المرأة و ما في يدها فى يد الزوج و القول فى الدعاوى لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحياة و أما بالنسبة إلى الممات فقوله (و الطلاق و الموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) و ذكر فى الفوائد محمد رحمه الله تعالى يقول ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه فى ماله فكما أن فى المشكل القول قوله فى حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته و أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يد الباقى منهما إلى المتاع أسبق لأن الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث و كما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقى منهما يد نفسه و يد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نو ع من الترجيح فكان

و ان كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى و للحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا العبد المأذون له في التجارة و المكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات.

فصل فيمن لا يكون خصماً

و إذا قال المدعي عليه هذا الشيء

المشكل للباقي منهما (و إن كان أحدهما) أى أحد الزوجين (مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر اقوى و للحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا العبد المأذون له في التجارة و المكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات) حتى لو اختصم الحر و المكاتب في شيء في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد و لو كان في يد ثالث و أقاما البينة استويا فيه فكما لايترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت و الجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه و الحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله و للحي بعد الممات سواء كان الحى حراً أو مملوكاً هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير و لكن ذكر شمس الائمة رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير لو كان احدهما حراً والآخر مملوكاً فالمتاع للحر منهما و كذلك إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال و في بعض النسخ للحي منهما و هو سهو و في رواية الزعفراني للحر بالراء و ذكر في المختصر السراجي السعيدى و لو كان أحدهما مملوكاً فاختلفا بعد الفرقة في الامتعة المشكلة فالقول قول الحر مع يمينه لقوة يده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما سواء و ذكر في جامع البزودي رحمه الله تعالى والمتاع للحر منهما غير مقيد بالمشكل و صرح به في الأقضية أن المتاع كله للحر عنده و عندهما على التفاصيل التي عرفت كما إذا كانا حرين.

(فصل فيمن لا يكون خصما)

أي هذا فصل في بيان من لا يكون خصما عند الدعوى و لما ذكر فيما مضى من يكون خصماً ذكر هنا من لا يكون خصماً إذ الاشياء تتبين بضدها قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا و أجيب نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي (و إذا قال المدعي عليه هذا (١) الشيء

---

(١)هذا الشيء الخ أقول أطلق فى قوله "هذا الشيء" فشمل المنقول و العقار كما فى البزازية و ظاهر قوله هذا شئ =>

أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه و أقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه و بين المدعي و كذا إذا قال آجرنيه و أقام البينة لأنه أثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة و قال ابن شبرمة رحمه الله تعالى

أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه و أقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه و بين المدعي) صورته دار أو ثوب في يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب أودعنيه الخ و أقام ذو اليد بينة على ما قاله فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه و بين المدعي و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و الشافعي في الأظهر و قال ابن شبرمة لا تندفع به و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في المنصوص (و كذا) أي لا خصومة (إذا قال) أى ذو اليد (آجرنيه) فلان (و أقام البينة لأنه) أي لأن ذا اليد (أثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة و قال ابن شبرمة) هو عبد الله (١) بن شبرمة بن حسان الضبى أبو شبرمة الكوفى رحمه الله تعالى القاضي

=> أنه قائم لأن الاشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود فى الخارج فمفهومه أنه لا تندفع لو كان المدعى ها لكا و به صرح فى العناية أخذا من خزانة الأكمل فقال: عبد هلك فى يد رجل و أقام رجل البينة أنه عبده و أقام الذى مات فى يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل و هو خصم فانه يدعى إيداع الدين عليه و إيداع الدين لا يمكن ثم إذا حضر الغائب و صدقه فى الايداع و الاجارة و الرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى أما لو كان غاصبا لم يرجع و كذا فى العارية و الاباق مثل الهلاك ههنا فان عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان اه و ظاهر قوله "أودعنيه و ما بعده" يفيد أنه لا بد من دعوى إيداع الكل و ليس كذلك لما فى الأختيار أنه لو قال النصف لى و النصف وديعة عندى لفلان و أقام بينة على ذلك اندفعت فى الكل لتعذر التمييز اه و أفاد بقوله "فلان" أنه عينه باسمه لأنه لو قال أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع فلا بد من تعيين الغائب فى الدفع و الشهادة فلو ادعاه من مجهول و شهدا بمعين أو عكسه لم تندفع و فى خزانة الاكمل و الخانية: و لو أقر المدعى أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما و أطلق فى "الغائب" فشمل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا كما فى الخلاصة و البزازية و ظاهر قوله " و أقام بينة على ذلك" أنه لا بد من البرهان على ما ادعاه مطابقة و فى خزانة الأكمل: لو شهدوا أن فلانا دفعه إليه و لا ندرى لمن هو فلا خصومة بينهما اه و به علم أنه لا تشترط المطابقة لعين ما ادعاه و أراد بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو علم القاضى أو إقرار المدعى كما فى الخلاصة و لو لم يبرهن المدعى عليه و طلب يمين المدعى استحلفه القاضى فان حلف على العلم كان خصما و إن نكل فلا خصومة كما فى خزانة الأكمل هذا كله خلاصة ما فى البحر. (١)عبد الله الخ و فى التهذيب ص ٢٥٠ ج٥ (عبد الله) بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار بن عمرو بن مالك بن زيد بن كعب بن بجالة الضبى ابو شبرمة الكوفي و قيل في نسبه غير ذلك القاضى الفقيه روى عن انس و ابى الطفيل و عبد الله بن شداد بن الهاد و ابراهيم النخعى و عامر الشعبي و طلحة بن مصرف و ابى زرعة بن عمرو بن جرير و نافع مولى ابن عمر و الحارث العكلى و الحسن و ابن سيرين و ابن المنكر و قمير امرأة مسروق و ابن اخيه عمارة بن القعقاع بن شبرمة و كان عمارة اكبر منه و غيرهم و عنه ابنه عبد الملك و سعيد و محمد بن طلحة بن مصرف و وهيب و ابن المبارك و محمد بن جعفر بن =>

لا تندفع لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه و دفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب و لا خصم فيه فلم يثبت و دفع خصومة المدعي و هو خصم فيه فيثبت و هو كالوكيل بنقل المرأة و إقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل

فقيه أهل الكوفة عداده في التابعين روي عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه و قال العجلي رحمه الله تعالى كان قاضياً لأبي جعفر على سواد الكوفة و ضياعها و كان فاضلا ناسكا ثقة في الحديث مات سنة اربع و أربعين و مائة (لا تندفع) أي الخصومة و إن أقام البينة على ما قال (لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أي عن الغائب لأن الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب و إثبات الملك للغائب بدون الخصومة متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه (و دفع الخصومة بناء عليه) أي على إثبات الملك و البناء على المتعذر متعذر (قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب) أي أحدهما ثبوت الملك للغائب (و لا خصم فيه فلم يثبت و دفع خصومة المدعى) أي و الثاني دفع خصومة المدعى نفسه (و هو) أى المدعى عليه (خصم فيه) أى في هذا الدفع (فيثبت) أى دفع الخصومة في حقه و بناء الثانى على الاول ممنوع لانفكاكه عنه و قد أشار اليه بقوله (و هو كالوكيل (١) بنقل المرأة) إلى زوجها (و إقامتها) عطف على الوكيل أى و إقامة المرأة (البينة على الطلاق) فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها و لم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما بينا من قبل) أي في باب الوكالة بالخصومة و القبض يعني أن بينة المرأة على الطلقات الثلاث تقبل في حق

=> ابى كثير و عبد الوارث بن سعيد و ابو العلاء ايوب بن ابي مسكين القصاب و الحسن بن صالح و شريك و السفيانان و آخرون قال احمد و ابو حاتم و النسائي ثقة و قال على بن المدينى قلت لسفيان اكان ابن شبرمة جالس الحسن قال لا و لكن رأى ابن سيرين بواسط و قال عبد الله بن داود عن الثورى فقهاؤنا ابن شبرمة و ابن ابى ليلى و قال العجلى كان قاضيا على السواد لابي جعفر و كان الثورى اذا قيل له من مفتيكم يقول ابن ابى ليلى و ابن شبرمة و كان ابن شبرمة عفيفا حازما عاقلا فقيها يشبه النساك ثقة فى الحديث شاعرا حسن الخلق جوادا و قال محمد بن فضيل عن ابيه كان ابن شبرمة و مغيرة و الحارث العكلى و القعقاع بن يزيد وغيرهم يسمرون فى الفقه فربما لم يقوموا الى الفجر و قال عبد الوارث ما رأيت اسرع جوابا منه قال يحيى بن بكير مات سنة (١٤٤) قلت و قال ابن سعد كان شاعرا فقيها ثقة قليل الحديث و ذكره ابن حبان في الثقات و قال كان من فقهاء اهل العراق و قال ابن المبارك جالسته حينا و لا اروى عنه و قال ابو جعفر الطبرى كان شاعرا فقيها ورعا و قال بعض المؤرخين ولد سنة (٧٢) من الهجرة و قال ابن ابي حاتم عن عبد الله بن احمد لم يسمع ابن شبرمة من عبد الله بن شداد. (١) كالوكيل بنقل المرأة الخ أقول فى صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانعته للمقدمة الممنوعة و جوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل كذا في السعدية.

و لا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لأنه صار خصماً بظاهر يده فهو باقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره

قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حقالطلاق (و لا تندفع) أي الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى) هو محمد (١) بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن الكوفي رحمه الله تعالى الفقيه قاضي الكوفة مات سنة ثمان و أربعين و مائة و مذهبه أنه يخرج من الخصومة بمجرد قوله بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد اقرار و تبين أن يده يد حفظ لا يد خصومة (لأنه) أى لأن ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) و لهذا كان للقاضي إحضاره و تكليفه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه) فهو متهم في إقراره (فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره) بالحوالة فانه

(١) محمد الخ و فى التهذيب ص ٣٠١ ج٩ (محمد) بن عبد الرحمن بن ابى ليلى الانصارى ابو عبد الرحمن الكوفى الفقيه قاضي الكوفة روى عن اخيه عيسى و ابن اخيه عبد الله بن عيسى و نافع مولى ابن عمر و ابي الزبير المكي و عطاء بن ابى رباح و عطية و عمرو بن مرة و سلمة بن كهيل و المنهال بن عمرو و داود بن على و الاجلح بن عبد الله و اسماعيل بن امية و حميضة ابن و يقال بنت الشمردل و غيرهم روى عنه ابنه عمران و قريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى و زائدة و ابن جريج و قيس بن الربيع و شعبة و الثورى و ابو الاحوص و عيسى بن يونس و محمد بن ربيعة و وكيع و على بن هاشم بن البريد و عبيد الله بن موسى و ابو نعيم و آخرون قال ابو طالب عن احمد كان يحيى بن سعيد يضعفه و قال عبد الله بن احمد عن ابيه كان سئ الحفظ مضطرب الحديث كان فقه ابن ابي ليلى احب الينا من حديثه و قال مرة ابن ابى ليلى ضعيف و في عطاء اكثر خطاء و قال ابو داود الطيالسى عن شعبة ما رأيت احدا اسوء حفظا من ابن ابى ليلى و قال روح عن شعبة افادني ابن ابى ليلى احاديث فاذا هي مقلوبة و قال الجوزجاني عن احمد بن يونس كان زائدة لا يحدث عنه و كان قد ترك حديثه و قال ابو حاتم عن احمد بن يونس ذكره زائدة فقال كان افقه اهل الدنيا و قال العجلى كان فقيها صاحب سنة صدوقا جائز الحديث و كان عالما بالقرآن و كان من احسب الناس و كان جميلا نبيلا و اول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي و قال ابن ابى خيثمة عن يحيى بن معين ليس بذاك و قال ابو زرعة ليس بالقوى ما يكون و قال ابو حاتم محله الصدق كان سئ الحفظ شغل بالقضاء فساء حفظه لا يتهم بشئ من الكذب انما ينكر عليه كثرة الخطأ يكتب حديثه و لا يحتج به و هو و الحجاج بن ارطاة ما اقر بهما و قال النسائى ليس بالقوى قال البخارى مات سنة ثمان و اربعين و مائة قلت له ذكر في الاحكام من صحيح البخارى قال اول من سأل على كتاب القاضى البينة ابن ابى ليلى و سوار قال ابن حبان كان فاحش الخطاء ردى الحفظ فكثرت المناكير فى روايته تركه احمد و يحيى و قال الدارقطنى كان ردى الحفظ كثير الوهم و قال ابن جرير الطبري لا يحتج به و قال يعقوب بن سفيان ثقة عدل في حديثه بعض المقال لين الحديث عندهم و قال صالح بن احمد عن ابن المدينى كان سيء الحفظ واهى الحديث و قال ابو احمد الحاكم عامة احاديثه مقلوبة و قال الساجي كان سيء الحفظ لا يتعمد الكذب فكان يمدح في قضائه فاما في الحديث =>

و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخراً ان كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا و ان كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه و يشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله و لو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي و لأنه ما أحاله الى معين يمكن للمدعى اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي و لو قالوا نعرفه بوجهه و لا نعرفه باسمه و نسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله تعالى للوجه الثاني و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تندفع لأنه أثبت ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول

لا يصدق إلا بحجة (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخراً إن كان الرجل) أي ذو اليد (صالحاً) أي غير معروف إلا بالخير و الصدق (فالجواب كما قلنا) أي تندفع عنه الخصومة باقامة البينة (و إن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) أي المال الذي غصبه من إنسان (إلى مسافر يودعه إياه و يشهد عليه الشهود) حتى جاء المالك و أراد أن يثبت ملكه (فيحتال لإبطال حق غيره) و هو المالك بان يقيم بينة على أن فلاناً أودعه فيبطل حقه و تندفع الخصومة عنه (فاذا اتهمه القاضي به) أى بالاحتيال (لا يقبله) أى لا يقبل ما صنعه و قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه أبو يوسف رحمه الله تعالى استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره و ما قالاه قياس لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها و لا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم قلت زماننا هذا أكثر فسادا لغلبة التزوير و كثرة الحيل فالاحتياط فيه واجب (و لو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي و لأنه) أي ذا اليد (ما احاله إلي معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي و لو قالوا نعرفه بوجهه و لا نعرفه باسمه و نسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله تعالى للوجه الثاني) و هو قوله و لأنه ما أحاله إلي معين يمكن للمدعي اتباعه (و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تندفع) أى الخصومة (لأنه) أى المدعى عليه (أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهة غيره) أى غير المدعى (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعي (بخلاف الفصل الأول) و هو

=> فلم يكن حجة قال و كان الثوري يقول فقهاؤنا ابن ليلى و ابن شبرمة و قال ابن خزيمة ليس بالحافظ و ان كان فقيها عالما.

فلم تكن (١) يده يد خصومة و هو المقصود و المدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده دون المدعي عليه و هذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى و ذكرنا الأقوال الخمسة و إن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً و ان قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني

ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود و المدعي هو الذي أضر بنفسه) هذا جواب عن قول محمد رحمه الله تعالى لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي و وجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه (حيث نسى خصمه أو أضره شهوده) أي شهود المدعى عليه و هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعي عليه و اليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا الى موجود في الخارج و اما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة و ان أقام البينة لأنها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك الا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل و أما إذا كانت العين هالكة فالدعوى تقع في الدين و محل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته و بما أقام المدعي عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة (دون المدعي عليه و هذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى) أي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من الأصل يسمى مخمسة لما فيها من خمسة أوجه لأن ذا اليد قال هذه وديعة أو عارية أو اجارة أو رهن أو غصب أو تسمى مخمسة لأن فيها خمسة أقاويل أشار اليه بقوله (و ذكرنا الاقوال الخمسة) لعلمائنا الثلاثة و لأبن أبي ليلى و لابن شبرمة رحمهم الله تعالى (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن قال ابتعته (٢) من الغائب فهو خصم) يعني إذا ادعى على ذى اليد عيناً فقال ذو اليد اشتريتها من الغائب لا تندفع الخصومة (لأنه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد الملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ذو اليد ملكاً مطلقاً (و إن قال المدعي غصبته (٣) مني أو سرقته مني

---

(١)فلم تكن. ن. فلم يكن. (٢)ابتعته من الغائب الخ اعلم أن دعوى الشراء عن الغائب مثال و المراد أن ذا اليد ادعى ملكا لنفسه سواء أطلقه أو قيده بشراء أو هبة مع قبض أو صدقة كذلك و أطلق فى الشراء فشمل الفاسد مع القبض كما فى أدب القضاء للخصاف كذا فى البحر. (٣)غصبته الخ و فى البحر: و ذكر الغصب و السرقة تمثيل و المراد دعوى فعل عليه فلو قال المدعي أودعتك إياه أو اشتريته منك و برهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا تندفع كذا فى البزازية.

لا تندفع الخصومة و إن أقام ذو اليد البينة على الوديعة لأنه انما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد و يصح دعوى الفعل و ان قال المدعي سرق مني و قال صاحب اليد أودعنيه فلان و أقام البينة لم تندفع الخصومة و هذا قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و هذا استحسان و قال محمد رحمه الله تعالى تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله و لهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة و الظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درأ للحد شفقة عليه

لا تندفع الخصومة و ان أقام ذو اليد البينة على الوديعة) بيانه ان المدعي اذا ادعى فعلا على ذي اليد و قال الدار داري أودعتها عندك أو استأجرتها مني أو غصبتها مني أو أرتهنتها مني و قال المدعى عليه الذي في يده الدار انها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه و غير ذلك و أقام على ذلك البينة فإن الخصومة لا تندفع عنه (لأنه) أي لأن ذا اليد (إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده) و صيرورته خصماً في دعوى الفعل لا يفتقر إلى اليد أصلا فضلا من أن يفتقر إلى ملك و يد خصومة و لهذا يصح دعوى الفعل على غير ذي اليد (بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه) أي لأن ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا يصح دعواه) أي دعوى الملك المطلق (على غير ذي اليد) و يده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما و بين أن يكون لغيره فلا يكون خصما و باقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (و يصح دعوى الفعل) على غير ذى اليد كما يصح دعواه على ذى اليد (و إن قال المدعي سرق منى) أى سرق منى هذا الشئ على صيغة المجهول و قال صاحب اليد اودعنيه فلان و أقام البينة لم تندفع الخصومة) هذا لفظ القدوري و قال المصنف (و هذا قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و هذا استحسان و قال محمد رحمه الله تعالى تندفع) أي الخصومة (لأنه) أى المدعى (لم يدع الفعل عليه) أي على ذي اليد بل هذا دعوى الفعل على مجهول و هي باطلة فالحقت بالعدم (فصار كما إذا قال) أى المدعى (غصب منى على ما لم يسم فاعله) لأن فيه تجهيل الغاصب (و لهما) أي و لأبي حنيفة و لأبى يوسف رحمهما الله تعالى (أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة) لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور (و الظاهر أنه) أى الفاعل (هو الذي في يده إلا أنه) أى المدعى (لم يعينه) أي لم يعين السارق (درأ) أي دفعاً (للحد شفقة عليه) أى

و اقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال سرقت بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عنّ كشفه و إذا قال المدعي ابتعته من فلان و قال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة ان فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بامساكها

على ذى اليد (و اقامة لحسبة الستر فصار) أى ما إذا قال سرق بصيغة المجهول (كما إذا قال سرقت) بالخطاب المذكر (بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه) فإنه غير معذور في التجهيل (و إذا قال المدعي ابتعته (١) من فلان و قال صاحب اليد أودعنيه (٢) فلان ذلك سقطت (٣) الخصومة بغير بينة) هذا لفظ القدوريّ و قال المصنفّ (لأنهما) أى المدعى و المدعى عليه (لما توافقا على أن أصل الملك فيه) أى في الشئ المدعى (لغيره) أى لغير صاحب اليد (فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم) أى المدعى (البينة أن فلاناً وكله بقبضه) أى بقبض الشئ المدعى (لأنه اثبت ببينته كونه أحق بامساكها) أى بامساك العين المدعاة ولو طلب المدعي يمينه على ما ادعى من الإيداع يحلف على البتات.

---

(١)ابتعته الخ تقييده بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي ففى البزازية معزيا إلى الذخيرة: ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب و برهن عليه و زعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده تندفع لاتفاقهما على وصول العين من غيره و أن صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا يندفع بزعم ذى اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان كذا فى البحر و في المنحة على البحر قوله: (فى الاستحسان) قال فى نور العين يقول الحقير: لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة كما ذكر فى كتب الفقة فاليد للغاصب فى مسألة الغصب بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذى اليد إذ لا يد للسارق شرعا ثم ان عبارة لا يد للسارق نكتة لا يخفى حسنها على ذوى النهى اه. (٢)أودعنيه فلان ذلك و فى البحر: قيد بتلقى اليد من الغائب للاحتراز عما إذا قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لم تندفع إلا ببينة لأنه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لانكار ذى اليد و لا من جهة وكيله لانكار المدعى و كذا لو ثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل و لم يشهدوا أن الموكل دفعها إلى ذى اليد و قيد باتحاد الغائب لأنه لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك و برهن ذو اليد على إيداع غائب آخر منه لا تندفع كما لو ادعى الايداع من غير الوصى أو الغصب منه فانه خصم إلا أن يبرهن على مقاله و قال البلخيّ: لا تندفع و إن برهن كمسألة الشراء كذا فى البزازية. (٣)سقطت الخ. ظاهره السقوط بلا بينة و يمين كذا فى البحر.

باب ما يدعيه الرجلان

قال و إذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له و أقاما البينة قضى بها بينهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول تهاترتا

(باب ما يدعيه الرجلان)

أي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان و لما فرغ من بيان حكم الواحد شرع في بيان حكم الاثنين لأنه بعد الواحد (قال) أي القدوري (و إذا ادعى (١) اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له) أى أن العين له (و أقاما البينة قضى بها بينهما) أى نصفين (و قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في قول تهاترتا) أي البينتان تساقطتا من الهتر (٣) بكسر الهاء و هو السقط من الكلام و

(١)إذا ادعى اثنان الخ و فى البحر: ج٧ أطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضى لكل وقف النصف و هو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف و الغلة مثله و فى العمادية: اعلم ان الرجلين إذا ادعيا عينا و برهنا فلا يخلو إما أن يدعيا ملكا مطلقا أو إرثا أو شراء وكل قسم على ثلاثة إما أن يكون المدعى فى يد ثالث أو فى يدهما أو فى يد أحدهما وكل وجه على أربعة أقسام لأنه إما أن لا يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخا و تاريخ أحدهما أسبق أو أرخ أحدهما لا الآخر و جملة ذلك ستة و ثلاثون فصلا اه أقول إن هذا التقسيم ليس بحاصر و الصواب أن يقال: إذا ادعيا عينا فإما أن يدعيا ملكا مطلقا أو ملكا بسبب متحد قابل للتكرار أو غير قابل له أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر أو مستويان من واحد أو من متعدد أو يدعى أحدهما الملك المطلق و الآخر الملك بسبب أو أحدهما ما يتكرر و الآخر ما لا يتكرر فهى تسعة وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط أو لا برهان لواحد منهما و لا مرجح أو لاحدهما مرجح فهى أربعة صارت اثنين و ثلاثين وكل منها إما أن يكون المدعى فى يد ثالث أو فى يدهما أو فى يد أحدهما فهى أربعة صارت مائة و ثمانية و عشرين وكل منها على أربعة إما إذا لم يؤرخا أو أرخا و استويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما صارت خمسمائة و اثنى عشر اه ملخصا و فى المنحة على البحر: قوله: (أقول إن هذا التقسيم ليس بحاصر و الصواب أن يقال الخ) قال الرملىّ: تأمل فى هذا التقسيم يظهر لك ما فيه. (٢)قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص١٨٣ ج١٢ إذا تداعى الرجلان عينا فى يد غيرهما و لا بينة لهما فانكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه و إن اعترف أنه لا يملكه أو قال لا أعرف صاحبها أو قال هى لأحد كما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له و سلمت إليه و أما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه و إن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان إحداهما تسقط البينتان و يقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة و روى هذا عن ابن عمر و ابن الزبير رضى الله تعالى عنهما و به قال اسحاقّ و ابو عبيدّ و هو رواية عن مالك رحمه الله تعالى و قديم قولى الشافعى رحمه الله تعالى و الرواية الثانية تستعمل البينتان و فى كيفية استعمالهما روايتان إحداهما تقسم العين بينهما و هو قول الحارث العكلى و قتادة و ابن شبرمة و حماد و أبى حنيفة رحمهم الله تعالى وقول للشافعى رحمه الله تعالى و الرواية الثانية تقدم إحداهما بالقرعة و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى و له قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين و هو قول أبى ثورّ اه ملخصا. (٣)الهتر الخ كذا فى المغرب ص٣٧٧ ج٢.

و في قول يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة و قد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة لأنه عليه الصلاة و السلام أقرع فيه و قال اللهم أنت الحكم بينهما و لنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة و أقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين

الخطأ فيه و هذا قوله القديم و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (و في قول يقرع بينهما) أى بين المدعيين و يقضى لمن خرجت قرعته و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و في قول للشافعي و أحمد في رواية لمن خرجت قرعته بيمين و عن مالك (١) رحمه الله تعالى يقضي بأعدل البينتين فإذا تساويا في العدالة يقسم بينهما نصفين و قال الأوزاعي و ابن الماجشون المالكي رحمهما الله تعالى يقضى بأكثرهم عدداً لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر (لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) أى في كل العين (في حالة واحدة و قد تعذر التمييز) أي تمييز العادلة من الكاذبة فإذا كان كذلك (فيتهاتران) أي فيتساقطان (أو يصار إلى القرعة لأنه عليه الصلاة و السلام) لأن النبي ﷺ (أقرع فيه و قال اللهم أنت الحكم بينهما) هذا رواه (٢) الطبراني رحمه الله تعالى في معجمه الأوسط بإسناده إلى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فجآء كل واحد منهما بشهود عدول و فى عدة واحدة فساهم بينهما رسول الله ﷺ و قال اللهم اقض بينهما و قال تفرد به أبو مصعب اه و رواه أبو داود رحمه الله تعالى عن ابن المسيب مرسلا و كذا رواه (٣) عبد الرزاق مرسلا و رواه عبد الحق في أحكامه و قال وهذا مرسل ضعيف لأن عبد الرزاق رواه عن ابراهيم بن يحيى الاسلمي قال هو متروك (و لنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة و أقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين) هذا الحديث رواه (٤) ابن أبي شيبة حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة أن رجلين الخ و رواه (٥) عبد الرزاق في مصنفه عن سماك به و رواه البيهقي رحمه الله تعالى في كتاب المعرفة عن

---

(١)و عن مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى المحلى ص٤٣٨ ج٩ و فيه أيضا و جآء عن عطاء و الحسن رحمهما الله تعالى و روى عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه تغليب اكثر البينتين عددا و قال به الاوزاعى إذا تكافأت عدالتهما اه. (٢)رواه الطبرانى رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية ص١٠٨ ج٤. (٣)رواه عبد الرزاق فى البيوع باب فى الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة ص٢٧٩ ج٨. (٤)رواه ابن أبى شيبة فى البيوع باب فى الرجلين يختصمان فى الشئ فيقيم أحدهما بينة ص٣١٦ ج٢ و سنده صحيح. (٥)رواه عبد الرزاق فى البيوع باب فى الرجلين يدعيان السلعة يقيم كل واحد منهما البينة ص٢٧٦ ج٨ والبيهقى رحمه الله تعالى =>

....

الحاكم بسنده عن أبي عوانة ثنا سماك بن حرب به و قال هذا منقطع قلت تميم (١) بن طرفة الطائي المسلي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس و تسعين و روى له مسلم رحمه الله تعالى و يحتج بحديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه رواه (٢) اسحاق بن راهويهؒ و ابن حبانؒ في صحيحه أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين و روى (٣) الطبرانيؒ في معجمه بإسناده عن جابر بن سمرة أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في

=> في الدعوى و البينات باب المتداعيين يتداعيان ما لم يكن في يد واحد منهما و يقيم كل واحد منهما بينة بدعواه ص٢٥٩ خ١٠ و سنده صحيح. (١)تميم الخ و فى التهذيب ص٥١٣ ج١ تميم بن طرفة (بفتح الطاء و الراء و الفاء) الطائى المسلى الكوفىؒ روى عن جابر بن سمرة و عدى بن حاتم و ابن ابى اوفى و الضحاك بن قيس رضى الله تعالى عنهم و عنه سماك بن حرب و المسيب بن رافع و عبد العزيز بن رفيع وغيرهم قال النسائى رحمه الله تعالى ثقة و قال ابو حسان الزيادىؒ وغيره مات سنة ٩٤ و قال ابن أبى عاصمؒ سنة ٩٥ قلت و قال ابن سعدؒ كان ثقة قليل الحديث و قال الشافعى رحمه الله تعالى تميم بن طرفةؒ مجهول و قال الآجرىؒ عن ابى داود رحمه الله تعالى ثقة مامون و قال العجلىؒ كوفى تابعى ثقة و قال ابن قانعؒ توفى سنة ٩٣ و قال ابن حبانؒ فى الثقات مات سنة ثلاث او اربع و تسعين اهـ. (٢)رواه ابن اسحاق رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية و قال الحافظؒ فى الدراية اسناده صحيح. (٣)روى الطبرانى رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية و قال الحافظؒ فى التلخيص ص٢١٠ ج٤ و فى اسناده سويد و الحجاج ضعيفان اهـ و قال المحدث العثمانىؒ فى الاعلاء ص٤٥٢ ج١٥ قلت سويد و الحجاج كلاهما مختلف فيهما وثق رحيمؒ سويدا و قال ابو حاتمؒ لين الحديث و قد مر غير مرة أن الحجاج حسن الحديث و تابعه ياسين الزيات فروى عن سماك به نحوه سواء اهـ و ياسين و إن كان ضعيفا فلا أقل من أن يعتبر به لأنه كان من كبار فقهاء الكوفة و مفتيها و مثله لا يضعف إلا من جهة الحفظ و الاتقان و المرسل إذا جآء موصولا و لو من طريق ضعيف فهو حجة عند الكل فكيف و هذا الموصول ليس بضعيف بل حسن الاسناد و سندا ابن ابى شيبة و عبد الرزاق صحيحان مرسلا اهـ قلت وفى الباب حديث ابى موسى رضى الله تعالى عنه أخرجه النسائى رحمه الله تعالى قال أخبرنا على بن محمد بن على أبى المضاء قاضى المصيصة نا محمد بن كثير عن حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن انس عن أبى بردة بن أبى موسى الاشعرى عن ابيه رضى الله تعالى عنه أن رجلين ادعيا دابة وجداها عند رجل فأقام كل واحد منهما شاهدين أنها دابته فقضى النبى ﷺ بينهما نصفين ذكره ابن حزمؒ فى المحلى ص٤٣٧ ج٩ و قال فهذا نص على إقامة البينة من كل واحد منهما و ليس فى أيديهما اهـ و تابعه حفص بن عمير الضرير و النضر بن شميل عند البيهقى و اسحاق بن راهويه فروياه عن حماد عن قتادة عن النضر بن انس عن ابى بردة عن ابى موسى متصلا و ابن كثير هذا هو المصيصى وثقه ابن معينؒ وغيره و قال النسائى رحمه الله تعالى: هذا خطأ و ابن كثير صدوق إلا أنه كثير الخطأ قال عبد الحقؒ: إنما خطأه فى هذا الحديث لأنه إنما يروى عن قتادة عن سعيد بن أبى بردة كما تقدم قلت قد تقدم أن النضر بن شميل و حفص بن عمير وافقا ابن كثير على رواية عن قتادة كذلك فيحمل على أن لقتادة فيه سندين كذا فى الجوهر النقى و بالجملة فالحديث صحيح الاسناد رواه ايضا احمد رحمه الله تعالى فى مسنده و الحاكم رحمه الله تعالى فى المستدرك و صححه على شرطهما و قال المنذرىؒ فى اسناده كلهم ثقات كذا فى نصب الراية.

و حديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ و لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك و الآخر اليد فضحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن و قد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله و إنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة و أقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك قال

بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين بأنه له فجعله النبي ﷺ بينهما (و حديث القرعة كان في الابتداء) أي في ابتداء الإسلام وقت اباحة القمار (ثم (١) نسخ) بحرمة القمار (و لأن المطلق) بكسر اللام أي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك و الآخر اليد) أي اعتمد اليد لأن اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك و الآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك (فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن و قد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله) أي يقبل التنصيف و صار هذا على مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال انسان و باع فضولي آخر من آخر ذلك المال و اجاز المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف فكذا ههنا (و إنما ينصف لاستوائهما) اى لاستواء المدعيين (في سبب الاستحقاق) وهو الشهادة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح أمرأة و أقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك قال) أي

---

(١)ثم نسخ. قلت و الحجة فى ذلك ما روى عن على رضى الله تعالى عنه أنه أتى باليمين فى ثلاثة وقعوا على امرأة فى طهر واحد فأقرع بينهم فألحق الولد بالذى أصابته القرعة و جعل عليه ثلثى الدية فذكر ذلك للنبى ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه رواه الخمسة إلا الترمذى و رواه النسائى و ابوداود موقوفا على على رضى الله تعالى عنه باسناد أجود من إسناد المرفوع و كذلك رواه الحميدى فى مسنده و قال فأغرمه ثلثى قيمة الجارية لصاحبيه كذا فى النيل ص٢١٢ ج٦ ثم روى عنه ما أخرجه عبد الرزاق عن الثورى عن قابوس بن أبى ظبيان عن ابيه عن على رضى الله تعالى عنه أنه أتاه رجلان فوقعا على إمرأة فى طهر واحد فقال: الولد بينكما و هو للباقى منكما و رواه ابن أبى شيبة فى المصنف عن حسين بن على عن زائدة عن سماك عن حنش عن على رضى الله تعالى عنه و هذا السند على شرط مسلم كذا فى الجوهر النقى ص٢٥٦ ج٢ قال الطحاوى رحمه الله تعالى: و لا يظن بعلى رضى الله تعالى عنه ترك الاقراع الذى حكم به و استحسنه النبى ﷺ إلا لما هو أولى بالعمل فانتهى القضاء بالقرعة و انتسخ اه كذا فى المعتصر ص٤٦٦ ج١ فقول الحافظ فى الدراية: ادعى الطحاوى رحمه الله تعالى أن القرعة كانت فى الاسلام ثم نسخت و لم يقم عليه دليلا مقبولا اه ليس على ما ينبغى فان الطحاوى رحمه الله تعالى لم يدع انتساخها مطلقا و انما ادعى انتساخ القضاء بها وقد أقام على ذلك حجة قوية لا يدان لردها كذا فى الاعلاء ص٤٥٤ ج١٥.

و يرجع إلى تصديق المرأة لاحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين و هذا إذا لم يوقت البينتان فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الاول أولى و إن أقرت لاحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما و إن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الاقرار و لو تفرد أحدهما بالدعوى و المرأة تجحد فأقام البينة و قضى بها القاضي ثم ادعى آخر و أقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه الا أن يوقت شهود الثاني سابقاً لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين و كذا إذا كانت المرأة في يد الزوج و نكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق

القدوري رحمه الله تعالى (و يرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) قال السعدي انه لا تترجح إحداهما إلاإحدى معان ثلاث إحداها إقرار المرأة و الثانية كونها في يد أحدهما و الثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نكاحه أسبق كذا في الخلاصة (و هذا) أي الحكم المذكور (إذا لم يوقت البينتان) أي إذا لم يذكرا تاريخاً (فأما إذا وقتا) أي ذكر كل واحد منهما تاريخاً (فصاحب الوقت الأول) أي التاريخ السابق (اولى) لما فيه من زيادة الاثبات و لأنه لا معارض له في ذلك الزمان فقضى به في ذلك الزمان (فإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهى امرأته لتصادقهما) على الزوجية لأنها ليست في يد أحدهما و هي في يد نفسها فيعتبر إقرارها بالزوجية (و إن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار) لأن البينة حجة متعدية و الإقرار حجة قاصرة (و لو تفرد أحدهما بالدعوى و المرأة تجحد فأقام البينة و قضى بها القاضي ثم ادعى آخر و أقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول لاتصال القضاء بالأول (إلا أن يوقت شهود الثاني سابقاً) على شهود الاول فحينئذ ينقض الأول (لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين و كذا إذا كانت المرأة في يد الزوج و نكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) أي إلا على وجه أن بينته تشهد أن نكاحه قبل نكاح الأول فحينئذ ينقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين و هذا كله إذا كان التنازع حال حياة المرأة و أما إذا كان بعد وفاة المرأة فهذا على وجوه و لا يعتبر فيه الإقرار و اليد فإن أرخا و تاريخ أحدهما أسبق يقضي بالنكاح و الميراث له و يجب عليه تمام المهر و إن لم يؤرخا أو أرخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما و يجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر و يرثان منهما ميراث

قال و لو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد و أقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن و إن شاء تركه لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل و أجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده و يأخذ كل الثمن لو أراد

زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحياة و بين الدعوى بعد الوفاة و الفرق أن المقصود في حالة الحياة هي المرأة و هي لا تصلح للشركة بينهما و المقصود بعد الوفاة هو الميراث و هو مال فيقبل الشركة فان جآء ت بولد يثبت النسب من الأبوين و يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ هكذا ذكر في الفصول نقلا عن المحيط (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لو ادعي اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أي معنى كلام القدوري (من صاحب اليد) إنما قال هذا احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسألة و هي انه لو ادعى كل واحد منهما الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو إما أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجئ بعد هذا في الكتاب ثم ان تمام قول القدوري (و أقاما بينة) من غير توقيت (فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن و إن شاء تركه لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب) و هو الشراء و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول آخر يقرع و به قال احمد رحمه الله تعالى في رواية و عن الشافعي رحمه الله تعالى قول تسقط البينتان و يرجع إلى البائع فإن صدق أحدهما سلم اليه و هل يحلف الآخر على القولين و الأصح لا يرجح بإقرار البائع و به قال أكثر أصحابه بل يقسم نصفين أو يقرع (فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل و أجاز المالك البيعين) فيقضي القاضي بينهما نصفين (يخير كل واحد منهما) أي من الاثنين الذين ادعى كل واحد منهما انه اشترى هذا العبد (لأنه تغير عليه شرط عقده) و هو رضاه لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) أي كل العبد (فيرده و يأخذ كل الثمن لو أراد) فإن قيل كذب إحدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما

و إن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جملته (١) لأنه صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل و لم يفسخ سببه و العود إلى النصف للمزاحمة و لم توجد و نظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء و نظير الأول تسليمه بعد القضاء و لو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد

في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سبباً في وقت اطلق له الشهادة به (و إن قضى القاضى به) أى بالعبد (بينهما) أى بين المدعيين (فقال أحدهما لا اختار النصف لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه فى النصف فانفسخ البيع فيه) أي في النصف و العقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود إلا بتجديد و لا يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله (و هذا لأنه خصم فيه) أى فى النصف المقضى عليه (لظهور استحقاقه) أي استحقاق الآخر (بالبينة لولا بينة صاحبه) يعني لولا بينة صاحبه لظهر استحقاقه في الكل و قد انفسخ بقضاء القاضي فلا يعود إلا بانشاء جديد (بخلاف ما لو قال ذلك) أي بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار النصف (قبل تخيير القاضي) و هو القضاء عليه (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل) و حجته قامت به (و لم يفسخ سببه) أى لم يفسخ سبب استحقاق الكل فى شئ و إنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له فاذا زالت المزاحمة قضى له بالكل و في نسخة شيخي العلامة العلاء بعد قوله و لم يفسخ سببه (و العود إلى النصف للمزاحمة و لم توجد و نظيره) أى نظير ما قال أحد مدعى الشراء لا اختار الأخذ قبل تخيير القاضى (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أى قبل قضاء القاضى بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (و نظير الأول) أي نظير ما قال أجد مدعى الشراء لا اختار الأخذ بعد القضاء لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء) أى تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد القضاء حيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار (و لو ذكر كل واحد منهما تاريخاً) أي أقام كل واحد منهما بينة بالتاريخ (فهو للأول منهما) أي للأسبق منهما بالتاريخ و به قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى و اختاره المزني و يحكى عن نص الشافعي رحمه الله تعالى في البويطي أنه لا ترجيح فيه بالسبق (لأنه) أي لأن الذي قامت بينته بالسبق (أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد) فاستحقاقه

---

(١)جملته. ن. جميعه.

فاندفع الآخر به و لو وقتت إحداهما و لم يوقت (١) الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت و احتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك و إن لم يذكرا تاريخاً و مع أحدهما قبض فهو أولى و معناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه و لأنهما استويا في الإثبات

من ذلك الوقت (فاندفع الآخر) أي اندفع الآخر من الاثنين المذكورين (به) أي بإثبات الشراء في زمان لا تعارضه البينة الأخرى فيه إذ قد تبين أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا بخلاف ما إذا كانت البينتان مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد فإنه لا يعلم شراء احدهما من غير المالك فتعارضتا (و لو وقتت إحداهما) أي إحدى البينتين (و لم يوقت الأخرى) أي البينة الأخرى (فهو لصاحب الوقت) و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و في قول آخر هما سواء و به قال أحمد رحمه الله تعالى (لثبوت ملكه) أي ملك صاحب الوقت (في ذلك الوقت و احتمل الآخر) أي الوقت الآخر (أن يكون قبله) أي قبل الوقت الأول (أو بعده) أو يكون بعد الوقت الأول فإذا كان كذلك (فلا يقضى (٢) له) أى للآخر (بالشك) لأن الحكم لا يثبت بالشك (و إن لم يذكرا تاريخاً و مع أحدهما قبض فهو اولى) هذا كلام القدوري و قال المصنف (و معناه) أى معنى كلام القدوري و مع أحدهما قبض (أنه في يده) أي القبض ثابت في يده معاينة و إنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله و مع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان و هو في الحال في يد البائع و يجوز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه و لأنهما) أي و لأن الاثنين (استويا فى الاثبات) أى اثبات الشراء بالبينة و للقابض أمر مرجح و هو يده الثابتة بالمعاينة لأن غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض و أن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا

(١)لم يوقت. ن. لم توقت. (٢)فلا يقضى له بالشك أقول فيه شئ و هو أن الآخر أثبت الملك أيضا و انما الشك فى أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت و احتمال بعديته يقتضى العكس فما الوجه فى العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك فى أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضا فى أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان فى جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال و لو وقتت إحداهما و لم توقت الأخرى قضى به لصاحب الوقت لأنه يثبت له الملك فى ذلك الوقت و الذى لم يوقت يثبت ملكه فى الحال لأن شراء ه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان أولى اه كذا فى النتائج.

فلا تنقض (١) اليد الثابتة بالشك و كذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بيناه إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة قال و إن ادعى أحدهما شراء و الآخر هبة و قبضا معناه من واحد و أقاما بينة و لا تاريخ معهما فالشراء أولى لأن الشراء أقوى لكونه معاوضه من الجانبين و لأنه يثبت الملك بنفسه و الملك في الهبة يتوقف على القبض و كذا الشراء و الصدقة مع القبض لما بينا و الهبة و القبض و الصدقة مع القبض سواء

(فلا تنقض اليد الثابتة بالشك (٢) و كذا لو ذكر الآخر) أي بينة الآخر (وقتاً) فذو اليد أولى لأن بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد (لما بيناه) أشار به إلى قوله لأن تمكنه من قبضه ...... الخ (إلا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراء ه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة) فإذا كان كذلك فينتقض به اليد (قال) أي القدوري (و إن ادعى أحدهما شراء و الآخر هبة و قبضاً) أي ادعى هبة و قبضاً و هذا كلام القدوري و قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى كلام القدوري من رجل واحد لأنه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر يكون بينهما نصفين فلا يكون الشراء اولى و سيجيء ذلك (و أقاما بينة) أى أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه (و لا تاريخ (٣) معهما) أي و الحال أن واحداً منهما ليس معه تاريخ (فالشراء اولى لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين) أي من جانب البائع و جانب المشتري بخلاف الهبة فانها ليست بمعاوضة (و لأنه) أي و لأن الشراء (يثبت الملك بنفسه و الملك في الهبة يتوقف على القبض) لأنها لا تتم إلا بالقبض (و كذا الشراء و الصدقة مع القبض) يعني و كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء و الآخر ادعى الصدقة مع القبض (لما بينا) أشار به إلى ما ذكره في المسألة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (و الهبة و القبض و الصدقة مع القبض سواء) يعني إذا

(١)فلا تنقض. ن. فلا ينقض. (٢)بالشك لا يقال بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فينبغي أن ترجح بينة غير القابض لأنا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذى اليد إذا ادعيا ملكا مطلقا أما إذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص علية صاحب الكافى ههنا كذا فى النتائج. (٣)و لا تاريخ معهما قيد به إذ لو أرخا مع اتحاد الملك كان للأسبق بخلاف ما إذا اختلف المملك و لو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى و قيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت فى يد أحدهما و المسألة بحالها فانه يقضى للخارج إلا فى أسبق التاريخ فهو للأسبق و إن ارخت إحداهما فقط فلا ترجيح لها كما فى المحيط و إن كانت فى أيديهما يقضى بينهما إلا فى أسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق كذا فى البحر و فيه أيضا و لم أرحكم الشراء الفاسد مع القبض و الهبة مع القبض فان الملك فى كل منهما متوقف على القبض و ينبغى تقديم الشراء للمعاوضة اه و رده المقدسى بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة كذا فى المنحة على البحر.

حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع و لا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل و الترجيح بمعنى قائم في الحال و هذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح و كذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ و عند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع و هذا أصح

قال و إذا ادعى أحدهما الشراء و ادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء

ادعى أحدهما هبة و قبضاً و الآخر صدقة و قبضاً فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أى على التناصف (لاستوائهما في وجه التبرع) و الافتقار الى القبض (و لا ترجيح باللزوم) هذا جواب عما يقال لا نسلم التساوى فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة و تقرير الجواب أنه لا ترجيح باللزوم (لأنه) أى لأن اللزوم (يرجع الى المآل) أي يظهر أثره في ثاني الحال إذ (١) اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل (و الترجيح بمعنى قائم في الحال) يعني الأصل أن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع إلى المآل (و هذا) أي الحكم بالتنصيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام و الرحى (صحيح و كذا فيما يحتملها) أي فيما يحتمل القسمة كالدار و البستان صحيح (عند البعض) لأن كلَّ واحد يثبت استحقاقه في الكل إلا انه لأجل المزاحمة سلم له البعض (لأن الشيوع طارئ) فلا تبطل الهبة (و عند البعض لا يصح لأنه) أى لأن هذا الحكم (تنفيذ الهبة في الشائع) فصار كإقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أما عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين (و هذا أصح) أى قول البعض أصح يعنى لا يصح في قولهم جميعاً لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار فإنما نقضى بالعقد الذى شهد به شهوده و عند اختلاف العقدين لا تجوز (٢) الهبة لرجلين عندهم جميعاً و إنما يثبت الملك بقضاء القاضي و تمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها (قال) (٣) أي محمد رحمه الله تعالى (و إذا ادعى أحدهما) أى أحد الاثنين (الشراء (٤)) يعنى أنه اشترى هذا العبد من فلان ذي اليد (و ادعت امرأة أنه) أي أن هذا المدعى عليه (تزوجها عليه) أي على العبد و اقام كل واحد منهما البينة (فهما سواء) يعني المدعي و المرأة سواء فيقضي بالعبد بينهما

---

(١)إذ اللزوم الخ أقول فان قيل ظهور الأثر فى ثانى الحال انما هو لقوة العقد فى الحال فيثبت المطلوب قلنا لا نسلم بل لحصول الأجر للمتصدق و هو كوصول العوض للواهب فتأمل كذا فى السعدية. (٢)لا تجوز الهبة أقول اريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز كذا فى السعدية. (٣)قال أى القدورى فى مختصره كذا فى النتائج. (٤)الشراء. قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة كذا فى العمادية و المراد من النكاح المهر و الغصب و الا يداع سواء كذا فى البحر.

لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه و هذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى الشراء أولى و لها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح و تجب قيمته عند تعذر تسليمه و إن ادعى أحدهما رهناً و قبضاً و الآخر هبة و قبضاً و أقاما بينة فالرهن أولى و هذا استحسان و في القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك و الرهن لا يثبته وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون و بحكم الهبة

نصفين (لاستوائهما في القوة) أي في قوة الدعوة بالبينة ثم اوضح ذلك بقوله (فإن كل واحد منهما) أي من الشراء و التزوج (معاوضة يثبت الملك بنفسه) فتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا و تاريخهما سواء فان سبق تاريخ أحدهما كان أولى فإن (١) قيل الشراء مبادلة المال بالمال و يوجب الضمان فى العوضين و النكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء أقوى قلنا بل النكاح أقوى من الشراء من وجه لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكداً حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترى و يجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى فان لم يرجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة ثم للمرأة نصف قيمة العبد على الزوج و يرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه (و هذا) أي قوله فهما سواء (عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى الشراء اولى و لها) أي للمرأة (على الزوج القيمة) أي قيمة العبد (لانه أمكن العمل بالبينتين) لأن تصحيح البينات واجب ما امكن حسناً للظن بالشهود و ذلك (بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح و تجب قيمته عند تعذر تسليمه) و متى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فاذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لأنه يفضي إلى تصحيح البينتين جميعاً فكان الشراء اولى و وجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صح و وجبت القيمة فكذلك ههنا (و إن ادعى أحدهما رهنا و قبضاً و الآخر هبة و قبضاً و أقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره و قال المصنف (و هذا استحسان و في القياس الهبة أولى لأنها) أى لأن الهبة (تثبت الملك) أى ملك العين (و الرهن لا يثبته) لأن الرهن يثبت اليد و الملك أقوى من اليد فكانت الهبة أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) و لهذا قالوا ان الرهن مضمون بالأقل من قيمته و من الدين (و بحكم الهبة) أي المقبوض

---

(١) فان قيل الخ كذا فى الكفاية.

غير مضمون و عقد الضمان أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء و البيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة و معنى و الرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض و إن أقام الخارجان البينة على الملك و التاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لأنه أثبت أنه أولى المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته و لم يتلق الآخر منه قال و لو ادعيا الشراء من واحد

بحكم الهبة (غير مضمون و عقد الضمان أقوى) لأنه أكثر اثباتاً (بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع إنتهاء) أى لأن الهبة بشرط العوض بيع إنتهاء و تذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتاويل العقد (و البيع أولى من الرهن لأنه) أي لأن البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة) أي من حيث الصورة في الحال (و معنى) أي من حيث المعنى في المآل (و الرهن لا يثبته) أي الملك (إلا عند الهلاك معنى) أي من حيث المعنى فى المآل يعني إذا هلك حتى لو مات العبد المرهون يجب الكفن على الراهن دون المرتهن لأنه لم يثبت ملكه (لا صورة) أي لا من حيث الصورة في الحال (فكذ الهبة بشرط العوض) أي فكذ الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لما ذكرنا الآن (١) (و إن أقام (٢) الخارجان البينة على الملك) صورته إذا ادعى اثنان على آخر في عين و أقام كل منهما بينة على الملك يعني بأنه ملكه مطلقاً (و التاريخ) بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ (فصاحب التاريخ الأقدم أولى) فإن كان تاريخ أحدهما شهرا مثلا و تاريخ الآخر بأكثر منه فمهما كان فالسابق في التاريخ أولى (لأنه) أى لأن صاحب التاريخ الاقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى) أى فلا يوخذ (الملك إلا من جهته) أي إلا من جهة أول المالكين (و لم يتلق الآخر منه) أى من الاول فلا شئ له (قال) أي القدوري (و لو ادعيا الشراء من واحد) أي ادعى كل منهما أنه

---

(١)الآن فان قلت الترجيح بمعنى قائم فى الحال و الهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هى معاوضة انتهاء و لكن ذلك المعنى مقصود العاقد فى الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا إلى المقصود بخلاف اللزوم فى الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما فى الحال لا نظراً إلى العقد و لا إلى العاقد و مقصوده كذا فى النتائج معزيا إلى شرح تاج الشريعة. (٢)و إن أقام الخارجان الخ قيد بالبرهان على التاريخ منهما لأنه لو أرخت احداهما دون الأخرى فهما سواء كما لو لم يؤرخا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى: المؤرخ أولى و قال محمد رحمه الله تعالى: المبهم أولى بخلاف ما إذا أرخت احداهما فقط فى المسألة الآتية فان المؤرخ أولى و الحاصل أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا و استويا فهى بينهما فى المسألتين و إن أرخا و سبق إحداهما فالسابق أولى فيهما و إن أرخت إحداهما فقط فهى الأحق فى المسألة الآتية لا فى هذه المسألة و فى السراج الوهاج: فان كان المدعىٰ دابة أو أمة فوافق سنها أحد التاريخين كان أولى لأن سن الدابة مكذب لاحدى البينتين فكان من صدقه أولى كذا فى البحر ملخصا.

معناه من غير صاحب (١) اليد و أقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه و إن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر و ذكرا تاريخاً فهما سواء لأنهما

اشترى هذه العين من واحد و قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه) أي معنى قول القدوري من واحد (من غير ذي اليد) قال الأترازي فيه نظر لأن معنى دعوى الشراء من واحد دعوى تلقي الشراء من واحد لا من اثنين و ذلك الواحد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث أو في يد أحدهما أو في أيديهما و لا معنى لقوله معناه من غير صاحب اليد انتهى و قال الكاكي رحمه الله تعالى ليس في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة فإن في هذا الحكم المترتب عليه و في سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدا و لا يعلم فيه خلاف ذكره في الذخيرة (و أقاما البينة على تاريخين) أي و اقام المدعيان المذكوران بينة على تاريخين مختلفين (فالأول) أي صاحب التاريخ الأول (أولى لما بينا أنه أثبته) أى أن صاحب التاريخ الاول أثبت الشراء (في وقت لا منازع له فيه) أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به (و إن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء) أي على أن كل واحد اشترى (من آخر) كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد مثلا و آخر على الشراء من عمرو (و ذكرا (٢) تاريخاً) أى تاريخا واحدا (فهما سواء لأنهما

---

(١)صاحب اليد. ن. ذى اليد. (٢)ذكرا تاريخا الخ و فى الدر المحتار: (و ان برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف عينى (وكل يدعى الشراء من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعدد البائع و إن اتحد فذو الوقت أحق اه و فى رد المحتار: (قوله عينى) و مثله فى الزيلعى تبعا للكافي و ادعى فى البحر أنه سهو و أنه يقدم الاسبق كما في دعوى الشراء من شخص واحد فانه يقدم الاسبق تاريخا و رده الرملى بأنه هو الساهى فان فى المسألة اختلاف الرواية ففي جامع الفصولين لو برهنا على الشراء من اثنين و تاريخ أحدهما أسبق اختلفت الروايات فى الكتب فما ذكر فى الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ و فى المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اه ملخصا قلت و فى نور العين عن قاضيخان ادعيا شراء من اثنين يقضى به بينهما نصفين و إن أرخا و أحدهما أسبق فهو أحق فى ظاهر الرواية و عن محمد رحمه الله تعالى لا يعتبر التاريخ فيقضى بينهما و إن أرخ أحدهما فقط يقضى به بينهما نصفين وفاقا فلو لاحد هما يد فالخارج أولى ثم قال فى نور العين فما فى المبسوط يؤيده ما فى قاضيخان أنه ظاهر الرواية و ما فى الهداية اختيار قول محمد رحمه الله تعالى ثم قال و دليل ما فى المبسوط و قاضيخان و هو أن الأسبق تاريخا يضيف الملك إلى نفسه فى زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما فى الهداية و هو أنهما يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا و ادعيا الملك بلا تاريخ و وجه قوة الأول غير خاف على من تأمل اه و كذا بحث فى دليل ما فى الهداية فى الحواشى السعدية فراجعها و به =>

يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل و لو وقتت إحدى البينتين وقتاً و لم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره و لو ادعى أحدهما الشراء من رجل و الآخر الهبة و القبض من غيره و الثالث الميراث من أبيه و الرابع الصدقة و القبض من آخر قضى بينهم أرباعاً لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا و أقاموا البينة على الملك المطلق قال فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ و صاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى و هذا عند أبي حنيفة و

يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا) أى فيصير كأن البائعين حضرا و ادعيا و أرخا تاريخاً واحداً (ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) من ان كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن و إن شاء ترك (و لو وقتت احدى البينتين وقتاً و لم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما) بالبينة (تاريخاً يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره و لو ادعى أحدهما الشراء من رجل و الآخر) أي و ادعى الآخر (الهبة و القبض من غيره و الثالث) أى و ادعى الثالث (الميراث من أبيه و الرابع) أى و ادعى الرابع (الصدقة و القبض من آخر) و اقاموا البينة (قضى بينهم أرباعاً لأنهم يتلقون الملك من باعتهم) و في بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه من مملكيهم و في بعض النسخ من ملقيهم استدلالاً بلفظ يتلقون و كذا في نسخة شيخي العلاء رحمه الله تعالى (فيجعل كأنهم) أى الباعة (حضروا و أقاموا البينة على الملك المطلق) لأنهم استووا في دعوى الملك و قد اثبتوه بالحجة فيوزع بينهم (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ و صاحب اليد بينة) أي أقام بينة (على ملك أقدم تاريخاً كان اولى) و قال المصنف رحمه الله تعالى (و هذا عند أبي حنيفة و

=> علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنى على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح و إن وافق الكافى و الهداية و أما الحكم عليه بالسهو كما فى البحر فمما لا ينبغى.

أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن محمد رحمه الله تعالى و عنه رحمه الله تعالى أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك و لم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم و التأخر سواء و لهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته و بينة ذي اليد على الدفع مقبولة و على هذا الاختلاف لو كانت الدار في أيديهما و المعنى ما بيناه و لو أقام الخارج و ذو اليد البينة على ملك مطلق و وقت إحداهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة و

أبي يوسف رحمهما الله تعالى و هو رواية عن محمد رحمه الله تعالى و عنه) أي و عن محمد رحمه الله تعالى (أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه) أي رجع محمد رحمه الله تعالى إلى القول بأن بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل إلا في النتاج و عند الأئمة الثلاثة بينة ذي اليد أولى في كل الوجوه لترجحها باليد و في المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره أن محمداً رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة و قال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ و لا عبرة للتاريخ إلا في النتائج و ما في معناه لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف النتاج (لأن البينتين قامتا على مطلق الملك و لم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم و التأخر سواء) يعني في التاريخ لأن التاريخ لا يدل على صفة الملك أولاً و آخراً فصار وجوده و عدمه سواء و قال الكاكي قوله لم يتعرضا لجهة الملك احتراز عما لو قامتا على تاريخ في الشراء و أحدهما أسبق فالأسبق أولى سواء كان الخارج واحداً أو اثنين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى في قول (و لهما) أي لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع) أي دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد اثبات تلقي الملك من قبله (فان الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته) أي من جهة ذلك الشخص (و بينة ذي اليد على الدفع) أي دفع الخصومة (مقبولة) فان من ادعى على ذي اليد عيناً و انكر ذو اليد ذلك و أقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة (و على هذا الاختلاف) أي الاختلاف المذكور بين أبي حنيفة و أبي يوسف و بين محمد رحمهم الله تعالى (لو كانت الدار في ايديهما) فوقتا فصاحب الوقت الأقدم اولى عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لا عبرة بالوقت (و المعنى ما بيناه) أراد به ما ذكره من الدليل في الطرفين (و لو اقام الخارج و ذو اليد البينة على ملك مطلق) يعني من غير ذكر سبب (و وقت إحداهما) أي احدى البينتين (دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة و

محمد رحمهما الله تعالى الخارج أولى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى و لهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع و لا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته و على هذا إذا كانت الدار في أيديهما و لو كانت في يد ثالث و المسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الذي وقت أولى و قال محمد الذي أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائدُ و رجوع الباعة بعضهم على البعض

محمد رحمهما الله تعالى الخارج أولى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى صاحب الوقت أولى لأنه أقدم) أى لأن صاحب الوقت أقدم لأن بينته قد دلت على تقدم الملك فكانت اولى (و صار كما في دعوى الشراء إذا أرخت احداهما) يعني إذا ادعيا الشراء من بائع واحد و أرخ أحدهما دون الآخر فحينئذ يقضي للمؤرخ و هو معنى قوله (كان صاحب التاريخ أولى و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن بينة (١) ذى اليد إنما تقبل لتضمنها) أى لتضمن بينة ذى اليد (معنى الدفع) أى دفع بينة الخارج (و لا دفع ههنا) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته و ههنا لم يتعين (حيث وقع الشك في التلقي من جهته) أي من جهة ذي اليد لأن بذكر تاريخ إحداهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لامكان أن الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخاً (و على هذا) أي و على هذا الخلاف (إذا كانت الدار في أيديهما) و أرخت إحداهما على ملك مؤرخ و الأخرى على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافاً لابي يوسف رحمه الله تعالى فإنه يقول الذي وقت اولى (و لو كانت) أي الدار (في يد ثالث و المسألة بحالها) أي أرخت إحداهما فقط فى الملك المطلق (فهما سواء) أي الخارجان سواء يعنى يقضى بينهما نصفين (عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح و مالك و احمد رحمهما الله تعالى (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الذي وقت اولى و قال محمد رحمه الله تعالى الذي اطلق اولى لأنه) أي لأن الإطلاق (إدعى أولية الملك) فيدل على ملك الاصل (بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن و المنفصلة كالأكساب و الأولاد يعني إذا ادعى رجل ملكاً مطلقاً كانت الزوائد كلها له (و رجوع الباعة بعضهم على البعض) أي و

---

(١)ان بينة الخ قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رحمه الله تعالى لأنه لم يقل بذلك و إلا لزمه المسألة الاولى و أجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول كذا فى العناية.

و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين و الإطلاق يحتمل غير الأولية و الترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال و إن أقام الخارج و صاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد

بدليل رجوع البائعين بعضهم على بعض عند استحقاق الملك (و لابي يوسف رحمه الله تعالى ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين و الإطلاق) يعني من غير التاريخ (يحتمل غير الاولية و الترجيح باليقين) يعني العمل باليقين راجح على العمل بالمحتمل (كما لو ادعيا الشراء) أي من بائع واحد و أرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن التاريخ يضامه) يعني يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أي اعتبار التاريخ (فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق) و لم يؤرخا كان بينهما (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كما لو ادعيا الشراء (لأنه أمر حادث) أي لأن الشراء أمر حادث لأنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث و لا بد للحدوث من التاريخ (فيضاف إلى أقرب الاوقات) و هو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) فيترجح المؤرخ (قال) أي القدوري (و إن أقام (١) الخارج و صاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج (٢) فصاحب اليد (٣) أولى) سواء أقامها قبل القضاء للخارج أو بعد القضاء له و به قالت الأئمة الثلاثة و قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه بينة الخارج أولى بعد القضاء له و قال في الأصح بينة ذي اليد أولى بعد القضاء للخارج و قبله و قال ابن أبي ليلى بينة الخارج أولى (لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد) و هو اولية

---

(١)و إن أقام الخ أطلقه فشمل ما إذا أرخا و استوى تاريخهما أو سبق أحدهما أو لم يؤرخا أصلا أو أرخت إحداهما فلا اعتبار بالتاريخ من النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعي لوقت ذى اليد و وافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج و لو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ و يترك في يد ذى اليد على ما كان كذا في رواية وهو بينهما نصفان في رواية كذا في البحر معزيا إلى جامع الفصولين. (٢)النتاج هو ولادة الحيوان من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت و وضعت كما في المغرب و المراد ولادته في ملكه أو في ملك بائعه أو مورثه و بيانه في البحر. (٣)فصاحب اليد أولى و في جامع الفصولين: برهن الخارج أن هذه أمته ولدت هذا القن في ملكه و برهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعي لأنهما ادعيا في الأمة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعي ثم يستحق القن تبعا اه و بهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم في دعوى النتاج على الخارج إذا لم يتنازعا في الأم أما لو تنازعا فيها في الملك المطلق و شهدوا به و بنتاج ولدها فانه لا يقدم و هذه يجب حفظها كذا في البحر.

فاستويا و ترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضي له و هذا هو الصحيح خلافاً لما يقول عيسى ابن ابان رحمه الله تعالى انه تتاهتر البينتان و يترك في يده لا على طريق القضاء و لو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل و أقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه و لو أقام أحدهما البينة على الملك و الآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهته و كذلك إذا كانت الدعوى بين

الملك بالنتاج كبينة الخارج (فاستويا و ترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له) أى لذى اليد (و هذا) أي ما ذكر من القضاء لذي اليد (هو الصحيح خلافاً لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله تعالى انه تتهاتر البينتان و يترك) أى المتنازع فيه (فى يده) أي في يد ذي اليد (لا على طريق القضاء) بل لعدم القضاء بالخارج حاصل الكلام أن عيسى بن ابان رحمه الله تعالى يقول عندي في النتاج تتهاتر البينتان لتيقن القاضي بكذب إحداهما إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين فصار كأنهما لم يقيما بينة و لو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج كذا ههنا و هذا ليس بصحيح فان محمداً رحمه الله تعالى ذكر في خارجين أقاما بينة على النتاج أنه يقضى بينهما نصفين و لو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد فعلم أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد كذا في الذخيرة و المبسوط (و لو تلقى كل واحد منهما) أي من صاحب اليد و الخارج (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (و اقام البينة على النتاج عنده) أي عند الرجل كذا قاله الكاكي رحمه الله تعالى و قال الاكمل رحمه الله تعالى عند من تلقى منه و في الذخيرة صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه آخر أنه عبده اشتراه من فلان و انه ولد في ملك ذلك الفلان الذي باعه و أقام على ذلك بينة و أقام صاحب اليد بينة على انه عبده و اشتراه من فلان يريد رجلا آخر و انه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضي لذي اليد لأن كل واحد خصم في إثبات نتاج بائعه كما هو خصم في إثبات ملك بائعه و لو حضر البائعان و أقاما البينة على النتاج كان ذو اليد اولى فهذا مثله و هذا معنى قوله (فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه) فيقضى به لذي اليد (و لو أقام أحدهما البينة على الملك) المطلق (و الآخر) أى و أقام الآخر البينة (على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان) يعني سواء كان صاحب اليد أو الخارج (لأن بينته) أي بينة صاحب النتاج (قامت على أولية الملك فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى من جهته) أي من جهة صاحب النتاج و الفرض ان الآخر لم يتلق منه (و كذا إذا كانت الدعوى بين

خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا و لو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية و كذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء به لأنه بمنزلة النص و الأول بمنزلة الاجتهاد قال و كذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن و كذلك كل سبب في الملك

خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا) من ان بينته تدل على اولية الملك (و لو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له) أي للثالث (إلا أن يعيدها) أي البينة (ذو اليد) على النتاج فحينئذ يقضى له (لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية) لأن المقضي به الملك و ثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى ثبوته في حق آخر (و كذا المقضي عليه بالملك المطلق) يعني ادعى الخارج و ذو اليد الملك المطلق و برهنا فقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافاً للشافعي و مالك رحمهما الله تعالى ثم أن ذا اليد المقضى عليه بالملك المطلق (إذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء) أي القضاء الاول (لانه بمنزلة النص) أي لأن إقامة البينة على النتاج بمنزلة النص لدلالته على الاولية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص (و الأول) أي القضاء الاول (بمنزلة الاجتهاد) و الاجتهاد ينقض بالنص (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و كذا النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن) هذا عطف على قوله و إن أقام الخارج و صاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب النتاج أولى يعني كذا الحكم إذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليد اولى لأن ما لا يتكرر في معنى النتاج و هو لا يتكرر و في المحيط النتاج عبارة عن اولية الملك وكل سبب يشعر بأولية الملك فهو كالنتاج وكل ما يتكرر فيه سبب الملك و يصنع مرتين لم يكن في معنى النتاج و إن كان مشكلاً هل يتكرر أم لا في رواية أبي حفص يلحق بما يتكرر و في رواية أبي سليمان لا يلحق بما يتكرر فالبناء و غرس الشجر و القطن النابت و زرع الحنطة و الحبوب يتكرر و تشوية اللحم و كتابة المصحف و ضرب اللبن و الخياطة و القطع و الحشو و الصباغة يتكرر أيضاً لأن هذه الاشياء تفعل مرتين و اتخاذ الجبن و الطحن و جز الصوف و غزل القطن لا يتكرر و النسج في الثوب المتخذ من غزل القطن و الابريسم لا يتكرر و في الثوب المتخذ من الصوف و الشعر يتكرر (و كذلك كل سبب في الملك

لا يتكرر لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن و اتخاذ الجبن و اللبد و المرعزى و جز الصوف و إن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق و هو مثل الخز و البناء و الغرس و زراعة الحنطة و الحبوب فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينته

لا يتكرر) يعني يقضى به لذي اليد (لانه في معنى النتاج كحلب اللبن و اتخاذ الجبن و اللبد و المرعزى (١)) بكسر الميم و العين فإذا شددت الزاي قصرت و إذا خففت مددت و قد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففاً ممدوداً و هي كالصوف تحت شعر العنز و الميم فيه زائدة (و جز (٢) الصوف) فاذا ادعى كل واحد من الخارج و ذى اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه فى ملكه أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه فى ملكه او ادعى مرعزى أنها ملكه جزها من عنزه أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه و أقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذى اليد فى الصور كلها لأن اسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكانت فى معنى النتاج من كل وجه فألحقت به (و إن كان يتكرر) أى و إن كان سبب الملك يتكرر (قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق و هو) اى السبب المتكرر فى الملك (مثل الخز) أى مثل نسخ الخز (٣) و هو بفتح الخاء المعجمة و تشديد الزاي وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة أخرى ثم ينسج (و البناء و الغرس و زراعة الحنطة و الحبوب) أى سائر الحبوب (٤) (فان اشكل) بأن لم يدر هل يكرر أم لا (يرجع إلى أهل (٥) الخبرة لأنهم أعرف به) و الواحد منهم يكفي و الاثنان أحوط قال الله تعالى ﴿فاسألوا (٦) أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ (فان أشكل عليهم) أي على أهل الخبرة (قضى به للخارج لأن القضاء ببينته) أى بينة الخارج

(١)المرعزى الخ كذا فى المغرب مادة رعز ص٣٣٣ ج١. (٢)جز الصوف و أورد كيف يكون الجز فى معنى النتاج و هو ليس بسبب لأولية الملك لأن الصوف كان مملوكا له قبله و أجاب عنه فى الكافى بأنه كوصف الشاة و لم يكن مالا إلا بعد الجز و لذا لم يجز بيعه قبله كذا فى البحر. (٣)الخز الخ كذا فى المغرب مادة خزز ص٢٥٣ ج١. (٤)الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج و ذى اليد ثوبا أنه ملكه نسجه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كذلك و أقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج فى هذه الصور كلها لأن اسباب الملك فيها ليست فى معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما نقله العلام العينيّ فى الشرح و أما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى وأما الغرس فكذلك و أما الحنطة و الحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحنطة و الحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن فى معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق. (٥)أهل الخبرة يعنى العدول منهم كذا فى الهندية معزيا إلى المحيط. (٦)فاسئلوا الآية النحل:٤٣.

هو الأصل و العدول عنه بخبر النتاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الاصل قال و إن أقام الخارج البينة على الملك المطلق و صاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى لأن الاول و إن كان يثبت أولية الملك فهذا تلقى منه و في هذا لا تنافي فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال و إن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر و لا تاريخ معهما تهاترت البينتان و يترك الدار في يد ذي اليد قال و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و على قول محمد رحمه الله تعالى يقضى بالبينتين و تكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر و قبض ثم با ع و لم يسلم لأن القبض دلالة السبق على ما مر

(هو الاصل) عندنا (و العدول عنه) أي عن الاصل (بخبر النتاج) و هو ما روى انه عليه الصلاة و السلام قضى في تعارض بينتي الخارج لذى اليد و هذا رواه محمد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عن الهيثم رحمه الله تعالى عنه عن رجل عن جابر رضى الله تعالى عنه أن رجلا ادعى ناقة في يدى رجل و أقام البينة انها ناقته نتجها و أقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله ﷺ بها للذي هي في يده (فاذا لم يعلم يرجع إلى الاصل) و هو بينة الخارج (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن أقام الخارج البينة على الملك المطلق و صاحب اليد البينة على الشراء منه) أي من ذلك الخارج (كان صاحب اليد اولى لأن الاول) أي الخارج (و إن كان يثبت اولية الملك فهذا) أي ذو اليد (تلقى) أى الملك (منه) أى من ذلك الخارج (و في هذا لا تنافي) كما لا يخفى فيقضى ببينة ذي اليد (فصار) أى حكم هذه المسألة (كما إذا أقر) أى صاحب اليد (بالملك له) أى للخارج (ثم ادعى) أى ذو اليد (الشراء منه) أى من الخارج فيقضى ببينة ذى اليد (قال) اى القدوري رحمه الله تعالى (و ان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر و لا تاريخ معهما تهاترت) اى تساقطت (البينتان و يترك الدار في يد ذي اليد قال) اى المصنف رحمه الله تعالى (و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و ابي يوسف رحمه الله تعالى و على قول محمد رحمه الله تعالى يقضى بالبينتين و تكون) أى الدار (للخارج لأن العمل بهما) أي بالبينتين (ممكن) و ذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الآخر و قبض ثم با ع و لم يقبض و هو معني قوله (فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر و قبض ثم با ع) أى من الخارج (و لم يسلم) اليه (لان القبض دلالة السبق) أى لأن قبض ذى اليد دليل سبقه فى الشراء (على ما مر) من قوله لأن تمكنه

و لا يعكس الامر لأن البيع قبل القبض لا يجوز و إن كان في العقار عنده و لهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين و فيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا و لأن السبب يراد لحكمه و هو الملك و ههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب و انه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف

من قبضه يدل على سبق شرائه (و لا يعكس الامر) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد اولاً ثم باعها من ذي اليد لأن في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض فلا يجعل كذلك (لان البيع قبل القبض لا يجوز و إن كان) واصلة بما قبلها أى و ان كان البيع قبل القبض (في العقار عنده) أي عند محمد رحمه الله تعالى (و لهما) أى لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهماالله تعالى (أن الإقدام على الشراء إقرار منه) أي من المشتري (بالملك للبائع فصار) أى أمر هذه المسألة (كأنهما) أى كأن الشهادتين (قامتا على الإقرارين) يعني صار هذا بمنزلة ما لو أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك و لو كان كذلك تهاتر الإقراران جميعاً لأن الثابت من الأقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة و لو عاينا إقرارهما معا بطلا فان ما لا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معا (و فيه التهاتر بالإجماع) قال تاج الشريعة قيل ذكر الإجماع وقع سهواً لأن عند محمد رحمه الله تعالى بينة ذي اليد أولى كذا في الجامع (كذا ههنا) أي كذا فيما نحن فيه من تهاتر البينتين (و لأن السبب يراد لحكمه و هو الملك) هذا جواب عن قول محمد رحمه الله تعالى ان العمل بالبينتين ممكن يعنى أن السبب لا يراد لنفسه و انما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا و إلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و ههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق) أى للخارج (١) (فبقي القضاء له) أي لذي اليد (بمجرد السبب) دون الحكم (و إنه) أي و إن القضاء بمجرد السبب دون الحكم (لا يفيده) فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين (٢) (ثم لو شهدت البينتان) المذكورتان (على نقد الثمن) في شراء كل منهما عن الآخر بألف مثلا (فالألف بالألف

---

(١)للخارج لأنا إذا قضينا ببينة ذى اليد فانما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذى هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة إليه كذا فى العناية. (٢)بالبينتين أقول لمطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتناهذه على قولهما و بين ما إذا أقام كل واحد من الخارج و ذى اليد البينة على النتاج و لا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند أئمتنا الثلاثة رحمهم الله تعالى على ما هو الصحيح بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على أن البينتين استوتا فى الاثبات و ترجحت بينة ذى اليد باليد كما مرو تهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك فى العلة المذكورة هناك فتأمل فى الفرق كذا فى النتائج.

قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب و إن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله تعالى للوجوب عنده و لو شهد الفريقان بالبيع و القبض تهاترتا بالإجماع لأن الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله تعالى لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول

قصاص عندهما) أي عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (إذا استويا) أي إذا استوى الثمنان في الجنس و الصفة (لوجود قبض مضمون من كل (١) جانب و إن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص) أي المقاصة (مذهب محمد رحمه الله تعالى للوجوب عنده) أي لوجوب الثمن عند محمد رحمه الله تعالى لأن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب (و لو شهد الفريقان) أي فريقا شهود الخارج و ذي اليد (بالبيع و القبض تهاترتا) أي تساقطتا (بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه و في مثل هذا يتهاتر الشهود فكذلك ههنا و أما عند محمد رحمه الله تعالى فلقول المصنف هذا (لأن الجمع) أي امكان العمل بهما (غير ممكن عند محمد رحمه الله تعالى لجواز كل واحد من البيعين) باعتبار أنهم لما أثبتوا البيع و القبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزاً و ليس أحدهما بأولى من الآخر فتساقطتا للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت فصار كأنهم لم يشهدوا (بخلاف الأول) و هو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حتى يقضي بالبينتان و تكون للخارج عنده لأن الجمع بين البينتين ممكن لأنا لو جعلنا بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض و هو لا يجوز فيجعل بيعه سابقاً و في الكافي و هذا يخالف ما ذكر في المبسوط و الجامع الكبير و غيرهما فإنه ذكر فيهما لو شهدوا بالبيع و القبض يقضى بالبينتين فيقضى بالدار لذي اليد اذ العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن ذا اليد باعها و سلمها ثم الخارج باعها و سلمها بخلاف ما إذا لم يذكروا القبض حيث يقضي بها للخارج لأنهما ما اثبتا القبض بالشهادة و قد ثبت القبض عياناً و هي دلالة السبق فجعلنا ذا اليد مشترياً من الخارج

(١)من كل جانب لعدم القضاء بشئ من العقدين عندهما و ان كان أحد الثمنين اكثر رجع بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا أى القصاص إذا كان المقبوض هالكا و ان كان قائما وجب رده كذا فى الكافى فان قلت تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى أن يكون كذلك فى حق النقد لأنه فى ضمنه قلت أمكن أن لا تقبل البينة فى حق شئ و تقبل فى حق شئ آخر كالمرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل فى حق الطلاق و تقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة.

و إن وقتت البينتان في العقار و لم يثبتا قبضا و وقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد و هو جائز في العقار عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه و إن أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين و إذا (١) كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد و قبض ثم باع و لم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر قال و إن أقام أحد المدعيين شاهدين و الآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة

أولاً و قد قبضها ثم باعها من الخارج فيؤمر بتسليمها اليه (و إن وقتت البينتان في العقار) قيد بالعقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر (و لم يثبتا قبضاً و وقت الخارج اسبق يقضي لصاحب اليد عندهما) أي عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد و هو) أي البيع قبل القبض (جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضيّ للخارج لأنه لايصح بيعه) أي بيع العقار (قبل القبض فبقى على ملكه و إن أثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين) أي قولهما و قول محمد رحمه الله تعالى (و إن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين) أي في الوجه الذي شهدوا بالقبض و في الوجه الذي لم يشهدوا به (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد و قبض ثم باع و لم يسلم) أى ثم باع ذو اليد من الخارج المشترى و لكن لم يسلم إليه (أو سلم) أى ذو اليد إلى الخارج (ثم وصل اليه) أى إلى ذي اليد (بسبب آخر) من إعارة أو إجارة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن أقام أحد المدعيين شاهدين و الآخر أربعة) أي و أقام المدعي الآخر أربعة من الشهود (فهما سواء) يعني لا يترجح أحد المدعيين على الآخر بزيادة العدد في البينة و به قال(١) الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد و مالك رحمه الله تعالى في المشهور عنه و أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في القديم و مالك رحمه الله تعالى في رواية يرجح بزيادة العدد لأن القلب إلى قولهم أميل و عند مالك رحمه الله تعالى يرجح بزيادة العدالة فيقضى بأعدل البينتين (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الإنفراد و الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة

---

(١)إذا. ن. إن. (١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في الوجيز مع العزيز ص٢٣١ ج١٣ و المغني ص١٧٦ ج١٢.

فيها على ما عرف قال و إذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها و الآخر نصفها و أقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها و لصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اعتباراً لطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع و استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما و قالا هي بينهما أثلاثاً فاعتبرا طريق العول و المضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين و صاحب النصف بسهم واحد فيقسم أثلاثاً

فيها) أي بل يقع الترجيح بقوة في العلة ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر و الآية لا تترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه و المفسر يترجح على النص و النص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) أى فى علم اصول الفقه و كذا الشهادتان إذا تعارضتا و إحداهما مستورة و الأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة و شهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لا أن يكون بعضها صفة للبعض (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها و الآخر نصفها و أقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها و لصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اعتباراً لطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم) أي النصف (له) أى للآخر يعنى لصاحب الجميع (بلا منازع و استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما) توضيح ذلك انا نحتاج إلى حساب له نصف و لنصفه نصف صحيح و أقل ذلك أربعة أسهم فأصل الدار على أربعة اسهم يقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان و يدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار فيبقى النصف و ذلك سهمان استوت منازعتهما فيه فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم فقد جعل لمدعي الجميع مرة سهمان بلا منازعة و سهم مع المنازعة و ذلك ثلاثة أرباع الدار فكان له ثلاثة اسهم و لمدعي النصف سهم (و قالا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (هي) أى الدار (بينهما) أي بين المدعيين (أثلاثاً فاعتبرا طريق العول) و العول في اللغة الارتفاع و منه عال الميراث و ذلك إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفى المجموع فيحتاج إلى العول (و المضاربة فصاحب الجمع يضرب بكل حقه سهمين و صاحب النصف بسهم واحد فيقسم أثلاثاً) إيضاح ذلك أن مدعى الجميع يضرب بالكل و الآخر بالنصف فاجعل الدار على سهمين لحاجتك إلى النصف يضرب مدعي الجميع بالكل و ذلك سهمان و مدعي النصف بالنصف

و لهذه المسألة نظائر و أضداد لا يحتملها هذا المختصر و قد ذكرناها في الزيادات

و ذلك سهم فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم ثلثاً الدار لمدعي الجميع و الثلث لمدعى النصف و في الميراث يقسم على طريق العول بالإجماع كما في امرأة ما تت و تركت زوجاً و أختاً لأب و أم و اختاً لأب للزوج النصف و للأخت لأب و أم النصف و للأخت لاب السدس تكملة للثلثين فتعول الفريضة إلى سبعة و كانت في الاصل من ستة و كذلك هنا على قولهما (و لهذه المسألة نظائر) أي أشباه (و أضداد) يعني الخلاف فيه على عكس هذا عندهما يقسم على طريق المنازعة و عنده على طريق العول (لا يحتملها) أى النظائر و الاضداد (هذا المختصر) أراد به الهداية (و قد ذكرناها) أى الاشباه و الاضداد (في الزيادات) أى في الكتاب الذي جمعه و سماه الزيادات إعلم أن جنس القسمة على أربعة أنوا ع أحدها ما يقسم على طريق العول إجماعاً و هي ثمان مسائل الأولى التركة إذا لم توف بالديون فإن أصحابها يقسمونها فيما بينهم بطريق العول الثانية إذا زادت سهام أربابها على التركة فانهم يقسمونها الثالثة إذا اوصى بثلث ماله لرجل و بربعه لرجل و بسدسه لرجل و لم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على العول الرابعة الوصية بالمحاباة إذا أوصى أن يباع العبد الذى قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم و أوصى لآخر أن يباع منه العبد الذى يساوى ألفي درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول الخامسة الوصية بالعتق و صورتها إذا اوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه و أوصى بأن يعتق من عبد آخر ثلثه و ذلك لا يخرج من ثلث المال فيقسم الثلث بينهما بطريق العول و يسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية السادسة الوصية بالألف المرسلة أى المطلقة إذا أوصى لرجل بألف و الآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول السابعة عبد فقأ عين رجل حر وقتل آخر خطأ فدفع بهما يقسم الجاني بينهما على سبيل العول ثلثاه لولى القتيل و ثلثه للآخر الثامنة مدبر جنى على هذا الوجه و دفعت قيمته إلى أولياء الجنايتين تكون القيمة بينهما بطريق العول النوع الثاني ما يقسم بطريق المنازعة إجماعاً و هى مسئلة واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل و فضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الأخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة أرباعه و لمشتري النصف الربع بطريق المنازعة النوع الثالث ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما بطريق العول و هي ثلاث مسائل إحداها مسألة الكتاب و الثانية إذا أوصى لرجل بجميع ماله للآخر بنصفه و أجازت الورثة فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى المال بينهما أرباعا و

قال و لو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء و نصفها لا على وجه القضاء لأنه خارج في النصف فيقضي ببينته و النصف الذي في يديه صاحبه

عندهما أثلاثا و الثالثة إذا أوصى لرجل بعبد بعينه و لآخر بنصف ذلك العبد و هو يخرج من ثلثه أو لا يخرج و أجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما أثلاثا النوع الرابع بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما بطريق المنازعة و هي خمس مسائل إحداها عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة و أدانه أجنبي مائة فدين المولي يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده و يثبت نصفه الذي في نصيف شريكه فإذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه و الثانية إذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة و الآخر مائتين يقتسمان ثمنه على هذا و الثالثة عبد قتل رجلاً خطأ و آخر عمداً و للمقتول عمداً وليان فعفى أحدهما فدفع كان على الخلاف المذكور و الرابعة لو كان الجاني مدبراً على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك و الخامسة أم ولد قتلت مولاها و اجنبياً عمداً و لكل واحد منهما وليان فعفى أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلاثة أرباع قيمتها كان للساكت من وليي الأجنبى ربع القيمة و يقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما أرباعا بطريق المنازعة أما الأضداد فهى ثلاث مسائل إحداها مدبر قتل رجلا خطأ و آخر عمداً و له وليان فعفى أحدهما فدفع المولى قيمته كانت القيمة عنده بين ولي الخطأ و الذي لم يعف أثلاثاً على طريق العول و عندهما أرباعاً على طريق المنازعة و الثانية ما إذا كان القاتل عبداً و دفع المولى بالجنايتين و الثالثة عبد بين رجلين أذنا له في التجارة و قد مرت هذه الثلاث فى مسائل النوع الرابع (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لو كانت) أى الدار (فى ايديهما) أى فى أيدى المدعيين ادعى أحدهما نصفها و الآخر كلها و برهنا (سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء و نصفها لا على وجه القضاء) و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى فى رواية و قال (٢) الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى تبقى الدار في أيديهما كما كانت و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية (لأنه) أي لأن صاحب الجميع و هو مدعي الجميع (خارج في النصف) الذي في يد صاحبه (فيقضى ببينته) أي ببينة صاحب الجميع (و النصف الذي في يديه) أي في يدي صاحب الجميع (صاحبه) أى صاحب صاحب الجميع

(١)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص١٧٨ ج١٢. (٢)قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٢٢٧ ج١٣.

لا يدعيه لأن مدعاه النصف و هو في يده سالم له و لو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه و لا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال و إذا تنازعا في دابة و أقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده و ذكرا تاريخاً و سن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى

(لا يدعيه) أى لا يدعى ذلك النصف (لأن مدعاه) أى مدعا صاحبه و هو مدعى النصف (النصف وهو فى يده سالم له (٣) و لو لم ينصرف اليه دعواه) قال تاج الشريعة هذا جواب إشكال و هو أن يقال لا نسلم أن دعواه في النصف الذي في يده حتى يسلم له بل حقه ثابت في الكل فأجاب عنه بأنه لو لم ينصرف دعوى مدعى النصف إلى النصف الذي في يده (صار ظالماً بإمساكه) و الأصل أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم و الفساد إذا أمكن حمله على الصحة و السداد (و لا قضاء بدون الدعوى) لأن دعوى صاحب النصف ينصرف إلى النصف الذي في يده و لم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع و إذا كان كذلك لا قضاء بدون الدعوى (فيترك في يده) أي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع لا على وجه القضاء (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا (٢) تنازعا في دابة) و الدابة في يد ثالث (و أقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده) قال (٣) الجوهري رحمه الله تعالى نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله تنتج نتاجاً و قد نتجها أهلها نتجاً (و ذكرا تاريخاً و سن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أى الذى يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال و هو معنى قوله

(٣)سالم له توضيحه أن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده محقة فى حقه لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فمدعى النصف لا يدعى شيئا مما فى يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف و هو فى يده فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة كذا فى الكافى. (٢)و إذا تنازعا الخ و فى الدر المختار (و لو برهنا على نتاج دابة) فى أيديهما أو أحدهما أو غيرهما (و أرخا قضى لمن و افق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد و لهما ان فى أيديهما أو فى يد ثالث و ان لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما ان كانت فى ايديهما أو كانا خارجين فان فى يد أحدهما قضى بها له) هو الأصح قلت وهذا أولى مما وقع فى الكنز و الدرر و الملتقى فتبصر اه و فى رد المحتار (قوله مما وقع فى الكنز) حيث قال وان أشكل فلهما لأن قوله و ان لم يوافقهما أعم من قول الكنز و كذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم تكن فى يد أحدهما و عبارة الملتقى و الغرر وان أشكل فلهما و ان خالفهما بطل قال الشارح فى شرح الملتقى فيقضى لذى اليد قضاء ترك كذا اختاره فى الهداية و الكافى قلت لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به فى التنوير و الدرر و البحر وغيرها فليحفظ اه قلت نقل الشرنبلالى عن كافى الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك فى يد ذى اليد و قال و محصله اختلاف التصحيح اه و فى تقريرات الرافعى (قوله ومحصله اختلاف التصحيح) إلا أن الاصح أقوى من الصحيح فى الترجيح. (٣)قال الجوهرى فى الصحاح مادة نتج ص٣٤٣ ج١.

لأن الحال تشهد له فيترجح و إن أشكل ذلك كانت بينهما لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً و إن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى لأنه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده قال و إذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب و الآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالأيدي

قال و إذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها و الآخر

(لأن الحال تشهد له) فإذا كان كذلك (فيترجح) أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه (و إن أشكل ذلك) أي و إن أشكل سن الدابة (كانت بينهما) أى كانت الدابة بينهما نصفين (لأنه سقط التوقيت) لأنه لا دلالة فيه فكأنهما أقاما البينة على النتاج (فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً و إن خالف سن الدابة الوقتين) أي في دعوى الخارجين (بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى لأنه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده) و قال في شرح الأقطع فإن خالف سن الدابة الوقتين قضى لصاحب اليد ثم قال قال الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى الصحيح أنه تبطل البينتان و قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله تعالى في شرح الكافي للحاكم الشهيد رحمه الله تعالى و إن كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهما لم يوقتا و في رواية أبي الليث الخوارزمي إذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلتان لأنه ظهر كذبهما و في المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان و الأصح ما قاله محمد رحمه الله تعالى من الجواب و هو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا و فيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين و به قالت الأئمة الثلاثة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب و الآخر بوديعة فهو بينهما) أى العبد بين المدعيين (لاستوائهما) في سبب الاستحقاق و ذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب فصار دعوى الوديعة و الغصب سواء و التساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

(فصل في التنازع بالأيدي)

أي هذا فصل في بيان حكم التنازع بالأيدي و لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و إذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها و الآخر

متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك و كذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج و الآخر رديفه فالراكب في السرج أولى بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف و كذا إذا تنازعا في بعير و عليه حمل لأحدهما و للآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف قال و كذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه و الآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفاً

متعلق بلجامها فالراكب أولى) و لا خلاف فيه بين الائمة الأربعة و في الذخيرة لو تعلق أحدهما بلجامها و الآخر بذنبها فالمتعلق باللجام أولى لأنه لا يتعلق باللجام غالباً الا الملاك أما الذنب فقد يتعلق به غيره (لأن تصرفه) أي تصرف الراكب (أظهر فانه يختص (١) بالملك و كذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج و الآخر رديفه فالراكب في السرج أولى) من الرديف و كذا اذا تنازعا في الدار و أحدهما ساكنها و الآخر أخذ بحلقة الباب أن الساكن اولى و قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي و لو كانا جميعاً راكبين أحدهما في السرج و الآخر خارج السرج قضي بالدابة بينهما بالإجماع و روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه قال يقضى بالدابة للراكب في السرج و نقل الناطفي رحمه الله تعالى فى الاجناس عن نوادر المعلى رجلان على دابة أحدهما راكبها فى السرج و الآخر رديف فادعيا الدابة فهى لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي و الأجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفان و ما ذكره المصنف بقوله و كذا إذا كان احدهما راكبا في السرج و الآخر رديفه فالراكب فى السرج اولى من الرديف فذلك على رواية النوادر (بخلاف ما إذا كانا راكبين) أي في السرج (حيث تكون) أي الدابة (بينهما لاستوائهما في التصرف و كذا إذا تنازعا في بعير و عليه حمل لأحدهما و للآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و كذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه و الآخر متعلق بكمه فاللابس (٢) أولى لأنه أظهرهما تصرفاً

---

(١)يختص بالملك يعنى غالبا قال الامام الزيلعي فى شرح الكنز بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر إثباتا على ما بيناه و أما التعلق فليس بحجة و كذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان فى يده و اليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج و التراجيح اهـ. (٢)فاللابس أولى و فى الشامية: قال الشيخ قاسم فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شرنبلالية.

و لو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا قال و إذا كان ثوب في يد رجل و طرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق قال و إذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبرعن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه

ولوتنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) هذا لفظ القدوري و قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه) أي معنى ما قال القدوري (لا على طريق القضاء) بل يترك في يديهما (لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا) أي لأن اليد على البساط لا تثبت إلابالنقل و التحويل أو بكونه في يده حكماً بان كان في بيته و لم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصباً بمجرد القعود عليه بخلاف الركوب على الدابة فإنه يصير غاصباً بمجرد الركوب عليه بغير الإذن (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و إذا كان ثوب في يد رجل و طرف (١) منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة) لأن كل واحد منهما متمسك باليد إلا أن أحدهما اكثر استمساكاً (فلا يوجب (٢) زيادة في الاستحقاق) كما لو تنازعا في دابة و لأحد منهما عليها مائة من و للآخر خمسون منا كانت بينهما نصفين و كما لو أقام أحدهما اثنين من الشهود و الآخر أربعة فإن قيل يشكل على هذا الذي ذكره بعده و إن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح إذ الشاهد من الطرفين وضع الجذع و اجيب بان وضع الخشبة حجة لثبوت الاستعمال فلا يترجح بزيادة الخشبات لأن الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها و فيه تأمل (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذاكان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أى و الحال أنه يعبر عن نفسه أي يتكلم و يعقل مايقول (فقال انا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه) و في الذخيرة ادعيا عبداً و هو في أيديهما فإن كان العبد لا يعبر عن نفسه فالقاضي لا يقضي لاحدهما بالملك ما لم تقم البينة و لكن يجعله في أيديهما لأنه إذا لم يعبر عن نفسه فهو و البهيمة سواء و عرف القاضي يدهما و لا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك وعند الثلاثة يحكم بالملك أيضاً لأن اليد عليه دليل الملك و إن كان العبد يعبر عن نفسه و قال انا حر فالقول له و لا يقضي لهما بشيء و به (٣) قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و

---

(١)طرف منه لا هدبته أى طرفه الغير المنسوجة لأنها ليست بثوب كذا فى الدر المختار و الهدبة يقال له بالتركى سجق كذا فى السعدية. (٢)فلايوجب الخ إذ لا ترجيح بكثرة العلل. (٣)وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص ٢١٠ ج ١٢.

ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر بالرق و إن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها و هو بمنزلة متاع (١) بخلاف ما إذا كان يعبر فلو كبر و ادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره قال و إذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه و للآخر عليه هرادي

أحمد رحمه الله تعالى في رواية و في وجه قال هذا كالذي لا يعبر عن نفسه و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و لو قال أنا عبد لأحدهما لم يصدق وهو عبدهما (و لوقال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنه لا يد له حيث أقر (٢) بالرق و إن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها و هو بمنزلة المتاع) في أن لا يكون له يد على نفسه و اعترض بالملتقط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لايكون عبده و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى أجيب بأن يد الملتقط ثابتة من وجه دون وجه فلم تصح الدعوى منه بالشك بخلاف غيره لأن يده عليه ثابتة فتصح الدعوى منه فإن قيل وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية هي الأصل و الرق عارض فلا يقبل قوله إلا بالحجة أجيب بأنه اعترض على الأصل ما يدل على خلافه فيبطل الأصل و فيه نوع تأمل (بخلاف ما إذا كان يعبر) أي بخلاف ما إذا كان الصبي يعبر عن نفسه فانه إذا قال أنا حر فالقول قوله كما مر (فلو كبر و ادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره) فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه) أو الحائط متصل ببنائه (و للآخر عليه) أي على الحائط (هرادي) و هو جمع هردية قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب و لكن صحح فيه الهاء و الحاء جميعاً و في الصحاح (٣) الحردي من القصب نبطي معرب

---

(١) متاع. ن. المتاع. (٢) أقر بالرق فان قيل كيف يصح إقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار و الأقوال الموجبة للضرر غير معتبرة فى حقه و لهذا لم يصح طلاقه و اعتاقه و هبته و إن كان عاقلا قلنا ثبوته بدعوى ذى اليد لا باقراره فاندفع المعارض كذا فى الكفاية و نحوه فى العناية. (٣) الصحاح للجوهريّ مادة حرد ص٤٦٥ ج٢ قال فى تاج العروس مع القاموس مادة حرد ص٣٣٤ ج٢ الحردى والحردية بضمهما حياصة الحظيرة التي تشد على حائط القصب عرضا قال ابن دريدّ هى نبطية و قد خرده تحريدا و الجمع الحرادى و قال ابن الاعرابىّ يقال لخشب السقف الروافد و لما يلقى عليها من أطيان القصب حرادى و غرفة محردة فيها حرادى القصب عرضا و لا يقال الهردى و قال تحت مادة هرد ص٥٤٦ ج٢ الهردية الحردية و هى قصبات تضم ملوية بطاقات الكرم تحمل عليها قضبانه قال الازهرىّ و الذى حفظناه عن أئمتنا الحردى بالحاء و لم يقله بالهاء غير الليثّ.

فهو لصاحب الجذوع و الاتصال والهرادي ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال و الآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها و لاحدهما عليها حمل و للآخر كوز معلق و المراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه و لبن هذا في جداره و قد يسمى اتصال تربيع

و لا يقال الهردي و في مختصر الكرخي الحرادي بالحاء و في الجمهرة لابن دريد في باب الحاء و الدال و الراء أما الذي تسمية البصريين الحردي من القصب فهو نبطى معرب و قال الا ترازي و الرواية في الاصل و الكافي للحاكم الشهيد بالحاء و في الجامع الصغير و شرح الكافي وقعت بالهاء لا غير (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع و الاتصال و الهرادي ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال و الآخر) أي صاحب الهرادي (صاحب تعلق) يعنى بالحائط لأن الحائط يبنى لوضع الجذوع عليه دون وضع الهرادي و نظر المصنف رحمه الله تعالى هذا بقوله (فصار كدابة تنازعا فيها و لاحدهما عليها حمل و للآخر كوز معلق) حيث تكون الدابة لصاحب الحمل و للآخر نوع تعلق بها و لكن لا يؤمر برفع الهرادي و البواري لأن القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر و الظاهر حجة للدفع دون إبطال الاتصال الثابت للغير ظاهراً (و المراد بالاتصال) أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه (مداخلة لبن جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى فى الحائط المتنازع فيه (و لبن هذا في جداره) أى و مداخلة لبن الحائط المتنازع فيه فى جدار صاحب البناء (و قد يسمى اتصال تربيع) أى يسمى مداخلة لبن اتصال تربيع (١) و تفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه و بالعكس و إن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى و أما إذا ثقب فادخل لا يكون تربيعاً و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى و كان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين و الحائطان متصلان بحائط له بمقالة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد و المروى عن ابى يوسف رحمه الله تعالى أن اتصال جانبى الحاط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي و لا يشترط اتصال الحائطين بحائط له

(١) اتصال تربيع و فى الشامية: و ثم فى اتصال التربيع هل يكفى من جانب واحد فعلى رواية الطحاوى يكفى و هذا أظهر و ان كان فى ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع و لو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما قضى له خلاصة حامدية كذا فى الهامش و ان كان كلا الاتصالين إتصال تربيع أو إتصال مجاورة يقضى بينهما و ان كان لأحدهما تربيع و للآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع و ان كان لأحدهما تربيع و للآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى و صاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة اه.

و هذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض هذا الحائط و قوله الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادى أصلاً و كذا البواري لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً حتى لو تنازعا في حائط و لاحدهما عليه هرادي و ليس للآخر عليه شيء فهو بينهما و لو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما و لا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة و إن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة و للآخر موضع جذعه في رواية و في رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب

بمقابلة الحائط المتنازع فيه و عليه اكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين و ذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه قال الكاكي رحمه الله تعالى و يروى هذا ظاهر الرواية (و هذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض هذا الحائط) فهو اولى و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية (و قوله) أي و قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع (الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي أصلا و كذا البواري) جمع بارية (١) و هي التي تعمل من القصب و هي الحصر (لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط و لاحدهما عليه هرادى و ليس للآخر عليه شيء فهو) أي الحائط (بينهما) لاستوائهما و هذا باتفاق الائمة الاربعة لأن وضع الهرادي و البواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يد لان الحائط للتسقيف و ذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي و البواري و انما توضع الهرادي و البوازي للاستظلال و الحائط لا يبنى للاستظلال (و لو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما) أى فى أصل العلة (و لا معتبر بالاكثر منها) أى من الجذوع (بعد الثلاثة) لأن الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها (و إن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أى الحائط (لصاحب الثلاثة و للآخر موضع جذعه في رواية) و هى رواية كتاب الاقرار من الأصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع و لصاحب القليل ما تحت جذعه قالوا يريد به حق الوضع (و في رواية) و هى رواية كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ماتحت خشبته ثم قيل) أى على رواية كتاب الدعوى (ما بين الخشب

(١) بارية و فى لسان العرب مادة بور البُورِىّ و البُورِيَّةُ و البُورِيَاءُ و البارىُّ و البَارِيَاءُ و البَارِيَّةُ فارسى معرب قيل هو الطريق وقيل الحصير المنسوج و فى الصحاح التى من القصب قال الأصمعى البُورِيَاءُ بالفارسية وهو بالعربية بارِىٌّ و بُورِىٌّ و أنشد للعجاج يصف كناس الثور:

كالخُصّ إذ جَلَّلَهُ البَارِىُّ

قال و كذلك البَارِيَّةُ و فى الحديث كان لا يرى بأسا بالصلاة على البُورِىّ هى الحصير المعمول من القصب =>

إلى الخشب بينهما و قيل على قدر خشبهما و القياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة و وجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته وجه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد و المثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده و لو كان لاحدهما جذوع و للآخر اتصال فالاول أولى و يروى أن الثاني أولى وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف

إلى الخشب بينهما) يعني بينهما نصفان لأنه لا يد لاحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار و في يد أحدهما بيت منها و في يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان كذلك ما بين الخشب (و قيل على قدر خشبهما) أي على قدر خشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان و لصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة اخماس (و القياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة) و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قياس قول الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (و وجه الثاني) و هو رواية كتاب الدعوى (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) لأن ذلك الموضع مشغول بجذوعه (و وجه الاول) و هو رواية كتاب الإقرار و هو (١) الاستحسان (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد و المثنى فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا انه يبقى له) أي لصاحب الجذع الواحد (حق الوضع) أي حق وضع خشبته (لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل و يثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا (و لو كان لأحدهما جذوع و للآخر اتصال فالأول) أى صاحب الجذوع (أولى) و به قال شمس الأئمة السرخسيّ (و يروى أن الثانى) و هو صاحب الاتصال (أولى) و به قال شيخ الاسلام و الطحاوى رحمهما الله تعالى (وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف

=> و يقال فيها بَارِيَةٌ و بُورِيَاءُ و نحوه فى تاج العروس. (١)و هو الاستحسان و به أفتى الحامدىّ و إذا لزم تعميره فعلى صاحب الخشبة عمارة موضعها كمافى الحامدية يعنى ماتحتها من أسفل إلى الأعلى مما شانه أن تكتفى به الخشبة كما ظهر لى سائحانى ثم قال و فى البزازية جدار مشترك بين اثنين لأحدهما عليه حمولة للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه انْ كان الحائط يحتمل و إلا يقال لذى الجذوع إن شئت فارفعها ليستوى صاحبك و إن شئت فحط بقدر ما يمكن محمل الشريك اه ملخصا و فى البزازية أيضا جدار بينهما أراد أحدهما أن يبنى عليه سقفا آخر أو غرفة يمنع و كذا إذا أراد أحدهما وضع السلم يمنع إلا إذا كان فى القديم اه حامدية و أفتى فيها بخلافه نقلاً عن العمادية فراجعها كذا فى الشامية.

و لصاحب الاتصال اليد و التصرف أقوى و وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد و من ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا و هذه رواية الطحاوي رحمه الله تعالى و صححها الجرجاني قال و إذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات و في يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها و هو المرور فيها قال و إذا ادعى الرجلان أرضاً يعني يدعى كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها و ما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

و لصاحب الاتصال اليد و التصرف أقوى و وجه الثاني) و هو القول بأولية الاتصال (أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد و من ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا) أشار به إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر يرفعها لكونها حجة مطلقة (و هذه) أى رواية أن صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع (رواية الطحاوي) و صححها الجرجاني رحمه الله تعالى (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات و في يد آخر بيت فالساحة) بالمهملتين العرصة في الدار و بين يديها (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها) أى في استعمال الساحة (و هو) أى الاستعمال (المرور فيها) و وضع الامتعة فيها وصب الوضوء و كسر الحطب (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا ادعى الرجلان أرضاً يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى (١) يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها) أى في الأرض (غير مشاهدة لتعذر احضارها) فقد غاب عن علم القاضي (و ما غاب) أى و الذى غاب (عن علم القاضي فالبينة تثبته) فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به و لأنه جاز أن تكون فى يد غيرهما و لو قضى لهما أو لأحدهما باليد لبطل حق صاحب اليد بلا حجة و انه لا يجوز كذا فى الكافي (٢) و قوله و ما مبتدأ و غاب صلته و قوله

---

(١) حتى يقيما الخ أقول فى عبارة الكتاب مسامحة و كان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها فى يده لأن القضاء بأنها فى يد واحد منهما انما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البينة أنها فى يده لا على إقامتهما البينة أنها فى أيديهما كذا فى النتائج. (٢) الكافى و فى النتائج: قال فى الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة غفل عنها القضاة و هى أنه لو ادعى أرضا و المدعى عليه يزعم أنها فى يده و أقام المدعى بينة على الملك فالقاضى لا يقضى ببينته لجواز أن تكون الأرض فى يد ثالث و المدعى و المدعى عليه تواضعا على ذلك و هذه حيلة ليجعلها القاضى فى يد أحدهما فما لم يثبت كون الأرض فى يد المدعى عليه بالبينة لا يقضى إلا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقرله فيها لأن إقراره حجة فى حقه كذا فى معراج الدراية.

و إن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود و إن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة و إن كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف و الاستعمال فيها.

باب دعوى النسب

قال و إذا باع جارية فجاءت

فالبينة تثبته خبره و هي جملة اسمية وقعت خبراً و دخلت الفاء عليها لتضمن المبتدأ معنى الشرط (و إن (٢) أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة (٣) لأن اليد حق مقصود) فلا يستحق أحدهما بغير حجة (و إن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا) أشار إلى قوله لقيام الحجة فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يقسم بينهما (فلا تستحق لأحدهما من غير حجة و إن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف و الاستعمال فيها) و من ضرورته اثبات اليد كالركوب على الدابة و اللبس في الثياب كذا ذكره البزدوي و الله أعلم.

باب دعوى النسب

أي هذا باب في بيان حكم دعوى النسب و لما ذكر دعوى المال شرع في دعوى النسب و قدم دعوى المال لكثرة وقوعها فكان أهم و في الصحاح (١) الدعوة بالكسر في النسب و بالفتح في الطعام و قيل على العكس قلت و بالضم في الجهاد (قال) أي القدوري (و إذا باع جارية فجاءت

---

(١)و إن أقام الخ ذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما و برئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه و توقف الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال و إن نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى في يد صاحبه و إن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان في يده و نصفها الذى كان في يد صاحبه بنكوله و إن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث كذا في الكفاية. (٢)لقيام الحجة فان قيل البينة حجة على الخصم و إذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى باليد فيها للذى أقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ألا ترى أنه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر و من كان خصماً لغيره باعتبار منازعته في شئ شرعا كانت بينته مقبولة كذا في الكفاية. (٣)الصحاح للجوهري مادة دعا ص ٢٣٣٦ ج٦.

بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع و أمه أم ولد له و في القياس و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً و لا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا و مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض و إذا صحت الدعوى (١) استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز و يرد الثمن لأنه قبضه بغير حق و إن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة

بولد فادعاه (٢) البائع (٣) فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر (٤) من يوم باع فهو (٥) ابن للبائع و أمه) أي أم الولد (أم ولد له) أي للبائع و يفسخ البيع و يرد الثمن (و في القياس و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه) أي من البائع (بأنه عبد) أي بأن الولد عبد لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك (فكان في دعواه مناقضاً) و دعوى المناقض مردودة (و لا نسب بدون الدعوى) أي و لا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه) أي بملك المدعي و هو البائع (شهادة ظاهرة على كونه منه) أي على كون العلوق من البائع و ذلك بمنزلة البينة العادلة حكماً في حق ثبوت النسب و حرية الولد في الأصل و صيرورية الجارية أم ولد له (لأن الظاهر عدم الزنا) أي لأن ظاهر الحال عدم وجود الزنا (و مبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض و ذلك لأن الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه (فيعفى فيه التناقض) لأجل الخفاء (و إذا صحت الدعوى) أي دعوى البائع (استندت إلى وقت العلوق) منه (فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز و يرد الثمن لأنه) أي لأن البائع (قبضه بغير حق) فيجب عليه رده (و إن ادعاه (٦) المشترى مع دعوة البائع أو بعده) أى بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتاويل الادعاء (فدعوة

---

(١)الدعوى –ن– الدعوة. (٢)فادعاه البائع الخ أفاد بالفاء أن دعوته قبل الولادة موقوفة فان ولدت حيا ثبت و إلا فلا كما فى الاختيار و قيد بدعوى البائع إذ ادعاه ابنه و كذبه المشترى صدقه البائع أولا فدعوته باطلة تتارخانية و أطلق فى البائع فشمل المسلم و الذمي و الحر و المكاتب اختيار كذا فى الشامية. (٣)البائع و لو اكثر من واحد قهستاني. (٤)من ستة أشهر أفاد أنهما اتفقا على المدة و إلا ففى التتارخانية عن الكافى قال البائع بعتها منك منذ شهر و الولد منى و قال المشترى بعتها منى لأكثر من سنة و الولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق فان أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند ابى يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى للبائع كذا فى الشامية. (٥)فهو ابن للبائع صدقه المشترى أو لا كما فى غرر الأفكار. (٦)و ان ادعاه أى و قد ولدته لدون الأقل كذا فى الشامية.

البائع أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق و هذه دعوة استيلاد و إن جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً و هو الشاهد و الحجة إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب و يحمل على الاستيلاد بالنكاح و لا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق و لاحقه و هذه دعوة تحرير و غير المالك ليس من أهله و إن جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع و لأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة

البائع أولى لأنها) أى دعوة البائع (أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق) انما قيد بقوله مع دعوة لأنه لو ادعاه المشتري أولاً يثبت النسب منه و لا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب (و هذه دعوة استيلاد) هذا جواب دخل تقديره كيف تصح الدعوة و الملك معدوم فأجاب بقوله وهذه أي دعوة البائع دعوة استيلاد و دعوة المشتري دعوة تحرير إذ اصل العلوق لم يكن في ملكه و دعوة الاستيلاد اولى لاستنادها إلى وقت العلوق و دعوة الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك و دعوى التحرير تفتقر اليها و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله هذه دعوة استيلاد في الحقيقة جواب عن قول ابراهيم النخعي حيث قال دعوة المشترى أولى و يثبت النسب منه لأن له حقيقة الملك فيها و في ولدها و للبائع حق استحقاق النسب و الحق لا يعارض الحقيقة قلنا هذه دعوة استيلاد الخ (و إن جاءت به لأكثر (١) من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا و هو) أي اتصال العلوق فى الملك (الشاهد والحجة) في ثبوت النسب (إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب و يحمل على الاستيلاد بالنكاح) حملاً لأمره على الصلاح (و لا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق) في حق الولد (و لا حقه) أى و لا حق العتق في الجارية فلا تصير أم ولد (و هذه) أى دعوة البائع ههنا (دعوة تحرير) يعني إذا لم تصر الجارية أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير (و غير المالك ليس من أهله) و البائع ليس بمالك فلا بد من تصديق المشتري (و إن جاءت به لأكثر من ستة اشهر من وقت البيع و لأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل) أي لأن الشأن انه احتمل (أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة

---

(١) لأكثر من سنتين أقول و مثله تمام السنتين كذا في الشامية.

فلا بد من تصديقه و إذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع و الولد حر و الام أم ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما و احتمال العلوق في الملك فإن مات الولد فادعاه البائع و قد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد و لم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم و إن ماتت الأم فادعاه البائع و قد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد و أخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع و إنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه

فلا بد من تصديقه و إذا صدقه يثبت النسب و يبطل البيع و الولد حر و الام أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما و احتمال العلوق في الملك) و إن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى و تكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل و لا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن و إن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالاجنبي و هذا الذي ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من اكثر أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً فان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق ما في ملكه و إن ادعاه المشتري وحده صح لأن اكثر ما في الباب كون علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر و لكن هذا لا يمنع دعوة المشتري و لو ادعياه متعاقبا فان سبق المشتري صحت دعوته و إن سبق البائع لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما و إن ادعياه معاً فإنه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشترى (قال) أي القدوريّ (فان مات الولد فادعاه البائع و قد جاءت به لأقل من ستة أشهر) أى و الحال أن الجارية قد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد في الام) هذا لفظ القدوريّ و قال المصنفّ فى تعليله (لأنها) أى لأن الام (تابعة للولد و لم يثبت نسبه) أى نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم) لأنه فرع النسب (و ان ماتت الأم فادعاه البائع و قد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد و أخذه البائع) هذا أيضا لفظ القدوريّ قال المصنفّ فى تعليله (لأن الولد هو الاصل في النسب) و الاستيلاد فرع النسب كما ذكرنا (فلا يضره) أى فلا يضر نسب الولد (فوات التبع) و هو الام أو أمومية الولد (و إنما كان الولد أصلاً لأنها) أي لأن الام (تضاف اليه

يقال أم الولد و تستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها و الثابت لها حق الحرية و له حقيقتها و الأدنى يتبع الأعلى و يرد الثمن كله في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يرد حصة الولد و لا يرد حصة الأم لأنه تبين أنه با ع أم ولده و ماليتها غير متقومة عنده في العقد و الغصب فلا يضمنها المشتري و عندهما متقومة فيضمنها قال و في الجامع الصغير و إذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد و قد أعتق المشتري الأم فهو ابنه و يرد عليه بحصته من الثمن

يقال أم الولد و تستفيد) أى الام (الحرية من جهته) أي من جهة الولد (لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ (أعتقها ولدها) هذا تقدم في باب (١) الاستيلاد رواه (٢) ابن ماجة (و الثابت لها) أى للأم (حق الحرية وله) أى و الثابت للولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية و هو ظاهر (و الادنى يتبع الاعلى و يرد الثمن كله في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يرد حصة الولد و لا يرد حصة الام) هذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكر فيما مر آنفا قال المصنفؒ (لانه تبين أنه با ع أم ولده و ماليتها) أى و مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (في العقد و الغصب) حتى إذا اشترى أم ولد الغير و ماتت في يده لا يضمن المشترى قيمتها و كذا لو غصبها فماتت عنده (فلا يضمنها المشترى و عندهما) أى عندابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (متقومة) أى مالية أم الولد متقومة (فيضمنها) أى المشترى في العقد و الغاصب في الغصب (قال) أى المصنف رحمه الله تعالى (و في الجامع الصغير) إنما ذكر المصنفؒ رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (و إذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشترى) لأقل من ستة أشهر من يوم باعها (فادعى البائع الولد و قد اعتق المشترى الام فهو ابنه) أى فالولد ابن البائع (و يرد عليه بحصته من الثمن) يعني يقسم الثمن على قيمة الولد و قيمة أمه فما أصاب الام يلزم المشترى و ما أصاب الولد سقط عنه و لا تصير الجارية أم ولد للبائع لأنه يثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال و هو الولاء و كذا الحكم فيها اذا دبرها أو استولدها ذكره التمرتاشيؒ و قال قاضي خان رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير ذكر شمس الائمة السرخسيؒ أن هذا قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى أما على القول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يرد الولد بجميع الثمن لأنه لا مالية لام الولد و قال الاترازي رحمه الله تعالى فيه نظر لأن

---

(١)باب الاستيلاد البناية ص ١١٥ ج٨.(٢)رواه ابن ماجة رحمه الله تعالى فى العتق باب امهات الاولاد ص١٨٣ و الدارقطنى رحمه الله تعالى فى كتاب المكاتب ص ١٣١ ج٤.

و لو كان المشتري انما (١) أعتق الولد فدعوته باطلة وجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد و الأم تابعة له على ما مر و في الفصل (٢) الأول قام المانع من الدعوة و الاستيلاد و هو العتق في التبع و هو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل و هو الولد و ليس من ضروراته كما في ولد المغرور فإنه حر و أمه أمة لمولاها و كما في المستولدة بالنكاح و في الفصل الثاني قام المانع بالأصل و هو الولد فيمتنع ثبوته فيه و في التبع و إنما كان الاعتاق مانعاً لأنه لا يحتمل النقض كحق

محمداً رحمه الله تعالى نقل في الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى صريحاً أنه يرد الولد بحصته من الثمن و كذا ذكر في الاصل يرد الولد بحصته من الثمن (و لو كان المشترى أعتق الولد فدعوته) أى فدعوة البائع (باطلة) يعنى إذا لم يصدقه المشترى فى دعواه (وجه الفرق) أى بين ما إذا أعتق المشترى الام ولم يعتق الولد حيث تكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد خاصة و بين ما إذا أعتق المشترى الولد دون الام حيث تبطل دعوى البائع أصلا (أن الاصل في هذا الباب) أى في باب ثبوت النسب (الولد و الام تابعة له على ما مر) من قوله لأن الولد هو الاصل في النسب (و في الفصل الاول) أى فيما اذا اعتق المشترى ام الولد (قام المانع من الدعوة و الاستيلاد وهو العتق في التبع و هو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد) فان قيل إذا لم تمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه و النسب لكون العلوق في ملكه بيقين لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع و من حكم ثبوت النسب للولدصيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع و اعتاق المشترى اجاب المصنفؒ بقوله (و ليس من ضروراته) أي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق و النسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) و هو ما إذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت (فإنه) أي فإن ولد المغرور (حر) أى معتق بالقيمة و هو ثابت النسب من أبيه (و أمه أمة لمولاها) و ليست أم ولد لأبيه (و كما في المستولدة بالنكاح) بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فإذا هي أمة فإنه يثبت نسب ولدها و لا تثبت أمية الولد (و في الفصل الثاني) و هو ما إذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده (قام المانع بالأصل و هو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكرنا من الاستيلاد و الدعوة (فيه) أي في الأصل (و في التبع) و هو الأم (و إنما كان الاعتاق مانعاً له) أي إنما كان اعتاق المشترى الولد مانعاً لدعوة البائع إياه (لأنه) أي لأن الإعتاق (لا يحتمل النقض كحق

---

(١) إنما اعتق —ن— اعتق. (٢) الفصل الاول —ن— الوجه الاول.

استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق و الثابت في الأم حق الحرية و في الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة و التدبير بمنزلة (١) الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض و قد ثبت به بعض آثار الحرية و قوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما و عنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت

استلحاق النسب) أي من البائع في حق الولد (و حق الاستيلاد) أي و كحق استيلاد البائع في حق الأم (فاستويا) أي استوى اعتاق المشترى و حق الاستلحاق و الاستيلاد للبائع (من هذا الوجه) أي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل أحدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه (٢) (ثم الثابت من المشتري) هذا بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق يعني الثابت من المشتري (حقيقة الإعتاق) أي في الولد (و الثابت في الأم حق الحرية و في الولد للبائع حق الدعوة و الحق لا يعارض (٣) الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق (و التدبير كالإعتاق) أي في الحكم (لأنه لا يحتمل النقض و قد ثبت به) أي بالتدبير (بعض آثار الحرية) و هو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (و قوله) أي قول من نقل في الجامع الصغير (في الفصل الأول) و هو ما إذا أعتق المشتري الأم (يرد عليه بحصته من الثمن قولهما) أي قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و عنده) أي و عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى (يرد بكل الثمن هو الصحيح) احترز به عما ذكره شمس الأئمة و قاضي خان و المحبوبي رحمهما الله تعالى بان البائع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن و قد ذهب المصنفّ إلى صحة هذا و لكن هنا خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير وغيره صريحاً انه يرد الولد بحصته من الثمن و قد ذكرناه و في المبسوط يرد في الموت كل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في الإعتاق حصة الولد و فرق (٤) بين الموت و العتق (كما ذكرنا في فصل الموت) أي موت الأم في يد

---

(١)بمنزلة الاعتاق –ن– كالاعتاق. (٢)من هذا الوجه و في العناية و رد بما إذا با ع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشترى و ذلك نقض للعتق كما ترى و أجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما و الحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر اه. (٣)لا يعارض الحقيقة و في العناية و نوقض بالمالك القديم مع المشترى من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة و ان كان له حق الملك و للمشترى حقيقته و أجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما اه. (٤)و فرق بين الموت و العتق بأن القاضي كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه و لم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه =>

قال و من باع عبداً ولد عنده و باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه و يبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض و ما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض (١) البيع لأجله و كذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض (٢) ذلك كله و تصح الدعوة بخلاف الإعتاق و التدبير على ما مر و بخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري

المشتري و دعوة البائع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من باع عبداً ولد عنده و باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه و يبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض) إنما خص البيع للإحتراز عن الإعتاق و التدبير فإنهما لا يحتملان النقض (و ما له) أي للبائع (من حق الدعوة لا يحتمله) أي النقض (فينقض البيع لأجله) أي لأجل ما للبائع من حق الدعوة (و كذا) أي الحكم (إذا كاتب) (٣) أى المشترى (الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب) أى المشترى (الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة) أي وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض) و هي الأشياء المذكورة (تحتمل النقض فينتقض ذلك كله و تصح الدعوة) أي من البائع (بخلاف الإعتاق و التدبير على ما مر) أشار به إلى قوله لأنه لا يحتمل النقض (و بخلاف ما إذا ادعاه) أى الولد (المشترى اولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشترى

=> فيسترد حصتها كذا فى الكافى اه و رجح فى الزيلعى كلام المبسوط و جعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية و هو مخالف الرواية و كيف يقال يسترد جميع الثمن و البيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما و تعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض و قيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له قيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اه كذا فى الشامية. (١)فينقض –ن– فينتقض. (٢)فينقض –ن– فينتقض. (٣)إذا كاتب الخ قال صدر الشريعة ضمير كاتب ان كان راجعا إلى المشترى و كذا فى قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام و من باع عبدا ولد عنده و كاتب المشترى الأم و هذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم فكيف يصح قوله أو كاتب المشترى الأم و إن كان راجعا إلى من فى قوله و من باع عبدا فالمسألة أن رجلا كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله بخلاف الاعتاق لأن مسألة الاعتاق التى مرت ما إذا اعتق المشترى الولد لأن الفرق الصحيح أن يكون بين اعتاق المشترى و كتابته لا بين اعتاق المشترى و كتابة البائع إذا عرفت هذا فمرجع الضمير فى كاتب الولد هو المشترى و فى كاتب الأم من فى قوله من باع اه أقول الأظهر أن المرجع فيهما المشترى و قوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم مدفوع بأن المتبادر بيعه مع أمه بقرينة سوق الكلام و دليل كراهة التفريق بحديث سيد الانام عليه الصلاة و السلام نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه و كذا بعد كتابة الولد و رهنه الخ لكنه سهو و انى على الدرر كذا فى الشامية.

لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه قال و من ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر و هذا لأن التوأمين

لا يحتمل النقض فصار (١) كاعتاقه) أي اعتاق المشتري و ذكر هذه المسائل من المبسوط تفريعاً على مسألة الجامع الصغير (قال) أي القدوريّ (و من ادعى نسب أحد التوأمين) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد و يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان و قولهم هما توأم وهما زوج خطأ و يقال للأنثى توأمة كذا في المغرب (٢) و قال شمس الائمةّ يجوز أن يقال غلامان توأم و توأمان قال ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة (ثبت نسبهما منه) أي نسب التوأمين من المدعي (لأنهما) خلقا (من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر و هذا) أشار به إلى قوله فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر (لأن التوأمين

---

(١)فصار كاعتاقه و لقائل أن يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية و بالدعوة حقها فأنى يتساويان و أما الدعوة من المشترى و من البائع فمتساويتان فى أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح و يمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين العتق و الدعوة فى عدم احتمال النقض و ذلك ثابت البتة و ترجيح دعوة المشترى على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فى وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثانية كذا فى العناية. (٢)المغرب مادة تأم: و فى تاج العروس: (التوأم) كجوهر (من جميع الحيوان المولود مع غيره فى بطن من الاثنين فصاعدا ذكرا) كان (أو أنثى أو ذكرا و أنثى) و قد يستعار فى جميع المزدوجات و أصله ذلك كذا فى المحكم قال شيخناّ و صرح أقوام بأنه لا اتئام فى الابل انما هو فى الغنم خاصة قاله البغداديّ فى شرح شواهد الرضى فتأمل قال الجوهريّ قال الخليلّ تقدير توأم فوعل و أصله ووأم فأبدل من إحدى الواوين تاء كما قالوا تولج من وولج قال ابن بريّ و ذهب بعض أهل اللغة إلى أن توأم فوعل من الوئام و هو الموافقة و المشاكلة يقال هو يوائمنى أى يوافقنى فالتوأم على هذا أصله ووأم و هو الذى واءم غيره أى وافقه فقلبت الواو الاولى تاء و كل واحد منهما توأم للآخر أى موافقه اه و قال الازهريّ و قد ذكرت هذا الحرف فى باب التاء و أعدت ذكره فى باب الواو لأعرفك ان التاء مبدلة من الواو فالتوأم ووأم فى الأصل و كذلك التولج أصله وولج و أصل ذلك من الوئام و هو الوفاق (ج توائم) مثل قشعم و قشاعم كما فى الصحاح (و تؤام كرخال) على ما فسرفى عراق قال الازهريّ و مثل تؤام غنم رباب و ابن ظؤار و هو من الجمع العزيز و له نظائر و قد أثبتت فى غير موضع من هذا الكتاب قال شيخناّ و قيل هو اسم جمع لا جمع و قيل جمع أصله الكسر و أما الضم فهو بدل عن الكسر كما أنه بدل الفتح فى سكارى و اختاره الزمخشرى فى الكشاف و شنع عليه ابو حيان فى البحر أثناء الاعراف و أورده الشهاب فى العناية أثناء المائدة اه قال الجوهرى و لا يمتنع هذا فى الواو و النون فى الآدميين كما أن مؤنثه يجمع بالتاء (و يقال توأم للذكر و توأمة للأنثى فاذا جمعا فهما توأمان و توأم) و قال الليث التوأم ولدان معا و لا يقال هماتو أمان و لكن يقال هذا توأم هذه و هذه توأمته فاذا جمعا فهما توأم قال الازهرى أخطأ الليث فيما قال و القول ما قال ابن السكيت و هو قول الفراء و النحويين الذين يوثق بعلمهم قالوا يقال للواحد توأم و هما توأمان إذا ولدا فى بطن واحد اه ملخصا.

ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر و في الجامع الصغير إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما و أعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه و بطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق و الدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيثبت نسب الآخر و حرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان فتبين أن عتق المشتري و شراءه لاقى حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوة البائع و ههنا ثبت تبعاً لحريته فيه حرية الأصل

ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر) إنما قيد بذلك لأنه إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً ليسا بتوأمين لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر (فلا يتصور علوق الثاني حادثا) أي بعد ولادة الأول (لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر و في الجامع الصغير) إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة و هي قوله ولدا عنده (إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما و أعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذي في يده) انه ابنه (فهما ابناه و بطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق و الدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه) أى لأن المسألة مقدرة فيما إذا كان أصل العلوق في ملكه و ذلك فيما اذا جاء بهما لأقل من ستة أشهر من يوم باع وقوله (ثبت به حرية الاصل) جواب للما ثبت نسب الولد الذى عنده أى ثبت حرية الاصل فى هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أى نسب الولد الآخر الذى كان باعه و اعتقه المشترى (و حرية الاصل) أى و تثبت حرية الاصل (فيه) أى في الآخر (ضرورة) بالنصب أى من حيث الضرورة و علله بقوله (لانهما توأمان فتبين أن عتق المشترى و شراءه لاقى حر الاصل فبطل) أى عتق المشترى وقال الكاكي رحمه الله تعالى و الضمير المستكن في بطل راجع إلى كل واحد من العتق و الشراء (بخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه) أى فى الولد (مقصوداً) أى بالقصد (لحق دعوة البائع) أى لأجل حق دعوة البائع (و ههنا) أى في مسألة التوأمين (ثبت تبعاً) أى ثبت بطلان اعتاق المشترى بطريق التبعية (لحريته فيه حرية الاصل) أى لحرية المشترى بفتح الراء الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل و من ضرورته ثبوت حرية الاصل الآخر ضمناً و تبعاً لأنهما توأمان و على هذا قوله حرية الاصل مجرور بدل من قوله لحريته و قال الاترازي رحمه الله تعالى و يجوز أن يكون منصوباً على الاختصاص بسبيل المدح بتأويل أعني و قال (١) الاكمل و قوله

---

(١) قال الأكمل في العناية الضمير فى لحريته راجع إلى المشترى بالفتح و قوله فيه يتعلق بقوله يثبت و الضمير =>

فافترقا و لو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده و لا ينقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر (١) على محل ولايته قال و إذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً و إن جحد العبد أن يكون ابنه

حرية الاصل بدل من قوله لحريته (فافترقا) أى افترق حكم ما إذا كان الولد واحداً و حكم التوأمين (و لو لم يكن) و في بعض النسخ فان لم يكن (أصل العلوق في ملكه) أي في ملك المدعي (ثبت نسب الولد الذى عنده) أى عند البائع و قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابيّ في شرح الكافي للحاكم الشهيد رحمه الله تعالى و إذا ولدت امة الرجل ولدين في بطن واحد و لم يكن أصل الحبل عنده فباع أحدهما و اعتقه المشترى ثم ادعاهما البائع فهما ابناه (و لا ينقض البيع فيما باع) و لا يبطل عتق المشترى فيه (لأن هذه دعوة تحرير) لا دعوة استيلاد لأنه لم يكن أصل علوقها في ملك البائع و قال المصنفّ (لانعدام شاهد الاتصال) أى اتصال العلوق بملك المدعى تيقنا (فتقتصر) (٢) أى هذه الدعوة (على محل ولايته) أى ولاية البائع وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه عليه فحسب (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان الصبي في يد (٣) رجل فقال هو ابن عبدى فلان الغائب ثم قال هو إبني لم يكن ابنه ابداً (٤) و إن جحد العبد أن يكون ابنه) كلمة ان واصلة بما قبلها قال الكاكيّ قوله ابدا يعني سواء صدقه العبد

=> للمشترى كذلك وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحريته و انما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد و الابطال اهـ قال قاضى زادهّ في النتائج أقول هذا شرح صحيح إلا أنه يكون في كلام المصنفّ حينئذ تعقيد لفظى بالتقديم و التاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى أن يقال و ههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الأصل كما لا يخفى. (١)فيقتصر –ن– فتقتصر. (٢)فتقتصر الخ قال الاكملّ: و نوقض بما اذا اشترى رجل أحد توأمين و اشترى ابوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه و يعتقان و لم تقتصر الدعوى و.أجيب بأن ذلك لموجب آخر و هو ان كان الأب فالابن قد ملك أخاه و ان كان هو الابن فالأب قد ملك حافده فيعتق ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين و كذباه أى ابنه البائع و المشترى صارت أم ولده بالقيمة و ثبت نسبهما و عتق الذى في يد البائع و لا يعتق المبيع لما فيه من ابطال ملكه الظاهر بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه و الفرق بينه وبين البائع إذاكان هو المدعى أن النسب ثبت في دعوى البائع بعلوق في ملكه و هنا حجة الأب أن شبهة أنت و مالك لأبيك تظهر في مال ابنه البائع فقط و تمامه في نسخة السائحانى عن المقدسى كذا في الشامية. (٣)في يد رجل اعلم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده و ذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعيّ في التبيين. (٤)ابدا اى في وقت من الاوقات لا حالا و لا مستقبلا اشار إلى هذا المعنى العلامة الاكملّ في العناية و قال العلامة قاضى زادهّ في النتائج و هو الحق و بين وجوده الحق راجع ان شئت.

و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إذا جحد العبد فهو ابن المولى و على هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار يرتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار و الإقرار بالنسب يرتد بالرد و إن كان لا يحتمل النقض ألا ترى انه يعمل فيه الإكراه و الهزل فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير و بخلاف ما إذا لم يصدقه و لم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه

الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تكذيب و لا تصديق لأن إقراره بثبوت نسبه من الغير ينفي ثبوت النسب منه اذ إقراره حجة في حقه (و هذا) أى الذى ذكر (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا جحد العبد فهو ابن المولى) يعني إذا ادعى لنفسه بعد جحود العبد نسبه و في جامع المحبوبي فلو حضر العبد اما ان صدق المولى أو كذبه أو لم يكذبه و لم يصدقه ففي الوجه الأول و الثالث تصح دعوة المولى بعد ذلك إجماعاً و في الوجه الثاني لم تصح دعوته عنده خلافاً لهما لكن يعتق عليه و إن لم يثبت نسبه من المولى (و على هذا الخلاف) أى الخلاف المذكور (إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) حيث لا يكون ابنه عنده خلافاً لهما (لهما) أى لأبي يوسف و محمد رحمه الله تعالى (أن الإقرار يرتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار و الإقرار بالنسب يرتد بالرد و إن كان) أى النسب (لا يحتمل النقض) ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى انه) أى أن الإقرار بالنسب (يعمل فيه الإكراه) حتى لو أكره بالإقرار ببنوة عبد فأقر لا يجوز (و الهزل) أى و يعمل فيه الهزل بأن أقر بالبنوة هازلاً فانه لا يثبت (فصار) أى حكم هذا (كما إذا أقر المشترى على البائع بإعتاق المشترى) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أى المشترى (أنا أعتقته يتحول الولاء اليه)أى إلى المشترى (بخلاف ما إذا صدقه) أى صدق العبد المولى فى مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لأنه) أى المقر (يدعى بعد ذلك) أى بعد تصديق المقرله اياه (نسباً ثابتا من الغير) و هو لا يصح (و بخلاف ما إذا لم يصدقه و لم يكذبه حيث لايصح فيه أيضا دعوة المولى بالاتفاق (لأنه تعلق به) أى بالصبى (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أى على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له) أى للملاعن (أن يكذب نفسه) فتصح

و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته و الإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه و هذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه و كذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له و مسألة الولاء على هذا الخلاف و لو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب و قد اعترض على الولاء الموقوف.

دعوته (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته) و هذا بالاتفاق و ما كان كذلك لايرتد (و الإقرار بمثله) أي بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته و ما كان كذلك (لا يرتد بالرد) أى لا يبطل بالتكذيب (فبقي) أي الإقرار في حق المقر و إن لم يثبت في حق المقر له كما إذا أقر بعتق عبد الغير و كذبه المالك ثم اشتراه يعتق عليه (فيمتنع دعوته) أي دعوة المقر (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة) من قرابة أو فسق (ثم (١) ادعاه لنفسه) أي ثم ادعاه الشاهد لنفسه حيث لا تصح دعوته (و هذا) إشارة (٢) إلى قوله لا يحتمل النقض (لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) فصار كالذي لم يصدقه و لم يكذبه و لا يلزم على هذا إذا أقر بمال فرد المقر له ثم ادعاه لأن الأملاك تنفسخ بالرد فيبطل الإقرار و لم يبق إلا حق المقر فجاز أن يدعي (و كذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له) لأن المقر لا يقدر على إبطاله لأنه ليس حقه على الخلوص (و مسألة الولاء) هذا جواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء تقريره أن مسألة الولاء ليس بحجة على أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنها (على هذا الخلاف) فلا تنتهض شاهدة لما قالاه و حجة على ابى حنيفة رحمه الله تعالى (و لوسلم) يعني و لئن سلمنا أنها على الاتفاق فنقول بين الولاء و بين النسب فرق أشار اليه بقوله (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى) أي باعتراض ما هو الأقوى (كجر الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) صورته معتقة تزوجت بعبد و ولدت منه اولاداً فإذا أعتق العبد جر ولاء الاولاد إلى نفسه هكذا روى عن عمر رضي الله تعالى عنه (و قد اعترض على الولاء الموقوف) و هو

---

(١)ثم ادعاه لنفسه إعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسألة فى شرح الجامع الصغير على هذا المنوال فاقتفى أثره المصنف فاوردها ههنا كذلك و أما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فقد ذكر فى شرح الكافى للحاكم الشهيد أن مسئلة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضا لا يقبل عنده خلافا لهما. (٢)اشارة الخ و فيه بحث بل هو اشارة إلى قوله و الاقرار بمثله لا يرتد بالرد كذا فى السعدية.

ما هو أقوى و هو دعوى المشتري فبطل به بخلاف النسب على ما مر و هذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد و يخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره قال و إذا كان الصبي في يد مسلم و نصراني فقال النصراني هو ابني و قال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني و هو حر لأن الإسلام مرجح فيستدعي تعارضاً و لا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالاً .

الولاء من جانب البائع و انما سماه موقوفاً لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب (ما هو أقوى و هو دعوى المشتري) و دعواه اقوى لقيام ملكه في الحال فكان دعوى الولاء إلى نفسه بسبب الاعتاق مصادفاً لمحله لوجود شرطه و هو قيام الملك (فبطل به) أي بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذى هو دعوى المشترى (بخلاف النسب) حيث لا يجوز نقضه بعد ثبوته فلم يبطل و لم تصح دعوة المولى بعد إقراره انه ابن عبدي (على ما مر) أشار (١) به إلى قوله أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته (و هذا) أي قوله هذا ابن عبدي فلان الغائب (يصلح مخرجاً) أى حيلة (على اصله) أي على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى (فيمن يبيع الولد و يخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره) توضيحه رجل في يده صبى ولد فى ملكه و هو يبيعه و لا يأمن المشترى أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبى ابن عبده الغائب حتى يأمن المشترى من انتقاض البيع بالدعوى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى فان هذا يكون حيلة عنده و في الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسألة على قول الكل ان يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتي فيه تكذيب فيكون مخرجاً على قول الكل (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان الصبي في يد مسلم و نصراني فقال النصراني هو ابني و قال المسلم هو عبدي فهو (٢) ابن النصراني و هو حر لأن الإسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعي تعارضاً) لأن الترجيح يستدعي التعارض (و لا تعارض) ههنا (لأن نظر الصبي في هذا) أي في كونه ابن النصراني و كونه حراً (أوفر) أي اكثر منفعة (لأنه ينال شرف الحرية حالاً

---

(١)اشاره به الخ و عليه أخذ اكثر الشراح قال فى الكافى بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن اه و حمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضاً و الحاصل أن النسب ألزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان فى الجملة و النسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء كذا فى النتائج. (٢)فهو ابن النصرانى أقول هذا اذا ادعياه معا فلو سبق دعوى المسلم كان عبدا له كذا فى الشامية معزوا إلى شرح المنتقى.

و شرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة و في عكسه الحكم بالإسلام تبعاً و حرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها و لو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام و هو أوفر النظرين قال و إذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة و معنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة

و شرف (١) الإسلام مآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة) فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه (و في عكسه الحكم بالإسلام تبعاً) إما لأبيه أو لمولاه (و حرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها) أي اكتساب الحرية و لقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب و هو قوله تعالى ﴿و لعبد (٢) مؤمن خير من مشرك﴾ و دلائل التوحيد و إن كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوى ألا ترى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد و أجيب (٣) بأن قوله تعالى ﴿ادعوهم (٤) لآ بائهم﴾ يوجب دعوة الأولاد لآبائهم و مدعي النسب اب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان و في الأحاديث الدلالة على الرحمة بالصبيان نظرا لهم كثرة فكانت أقوى من المانع و كفر الآباء جحود و الأصل عدمه (و لو كانت دعوتهما) أي دعوة المسلم و النصراني (دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام و هو اوفر النظرين) نظر الإسلام ونظر البنوة و قال زفرؒ يستويان و قال الشافعي يحكم القائف (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) هذا لفظ الجامع و قال المصنف رحمه الله تعالى (و معنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة) و هي شهادة القابلة لأن الولادة مما لا يحضرها الرجال فإذا شهدت قابلة يثبت النسب و إذا لم يكن لها زوج فالقول لها من غير بينة كما في الرجل و قال الشيخ الإسلام خواهر زادهؒ هذا إذا لم يكن ثمة منازع و أما إذا كان المنازع ينكر بأن ادعت النسب من رجل و الرجل حاضر ينكر ذلك فإنه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعاً و إنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين عندهم جميعاً و إذا كانت المنازعة لها بامرأة اخرى ففي

---

(١)شرف الاسلام مآلاً و فى الدر المختار لكن جزم ابن الكمالؒ بأنه يكون مسلما لأن حكمه حكم دار الاسلام و عزاه للتحفة فليحفظ اه و فى رد المحتار (قوله لكن جزم الخ) فيه أنه لا عبرة للدار مع وجود احد الأبوين ح قلت يخالفه ما ذكروا فى اللقيط لو ادعاه ذمى يثبت نسبه منه و هو مسلم تبعا للدار و قدمناه فى كتابه عن الولوالجية (قوله بأنه يكون مسلما) أى و ابنا للكافر اه. (٢)و لعبد الآية البقرة:٢٢١. (٣)و أجيب الخ أقول فى الجواب بحث من وجوه راجع له نتائج الافكار. (٤)ادعوهم الآية الاحزاب:٥.

بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد أما النسب يثبت بالفراش القائم و قد صح أن النبي عليه الصلاة و السلام قبل شهادة القابلة على الولادة و لو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قد مر في الطلاق و إن لم تكن منكوحة و لا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها و إن كان لها زوج و زعمت أنه ابنها منه و صدقها الزوج فهو ابنها و إن لم تشهد امرأة لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة و إن كان الصبي في أيديهما

رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى يقضى بالنسب بينهما إذ اقامت كل واحدة منهما امرأة واحدةو في رواية أبي حفص لا يقضى بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين أو رجلا و امرأتين (بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب) فلا يحتاج فيه إلى حجة (ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد) بأنه هو الذى ولدته تلك المرأة (أما النسب يثبت بالفراش القائم و قد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة) هذا الحديث رواه (١) الدارقطني رحمه الله تعالى في سننه عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة ثم قال الدارقطني محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول و هو أبو عبد الرحمن المدايني و قال في التنقيح هذا حديث لا أصل له و تقدم الكلام فيه في كتاب (٢) الشهادات (و لو كانت معتدة) أي و لو كانت المرأة التي تدعي نسب ابن على زوجها معتدة عن طلاق أو وفاة (فلا بد من حجة تامة) هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة (و قد مر في الطلاق) أي في كتاب الطلاق في باب ثبوت النسب (و إن لم تكن) أي المرأة (منكوحة) أي ذات زوج (و لا معتدة) أي و إن لم تكن معتدة أيضاً (قالوا) أي قال المشايخ رحمهم الله تعالى (يثبت النسب منها بقولها لأن فيه الزاماً على نفسها دون غيرها) دون نفس غيرها (و إن كان لها زوج و زعمت انه ابنها منه) أي أن الولد من زوجها (و صدقها الزوج) أي في دعواها (فهو ابنها و إن لم تشهد امرأة لأنه) أي لأن الزوج (التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة) إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير (و إن كان الصبي في (٣) أيديهما) أى في ايدى الزوجين

(١) رواه الدارقطنى فى الأقضية و الاحكام ص٢٣٢ ج٤. (٢) كتاب الشهادات. البناية ص٣٤٢ ج١١. (٣) فى أيديهما احترز به عما لو كان فى يد أحدهما قال فى التتارخانية و ان كان الولد فى يد الزوج أو يد المرأة =>

و زعم (١) الزوج أنه ابنه من غيرها و زعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه و هو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني و بين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة و ههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها قال و من اشترى جارية

(فزعم الزوج أنه ابنه) أى أن الصبى ابنه (من غيرها) أى من إمرأة أخرى له (و زعمت) أى المرأة (أنه) أى أن الصبى (ابنها من غيره) أى من زوج آخر كان لها (فهو (٢)) أى الصبى (ابنهما) أى ابن الزوجين معا هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه فإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه و عند الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يعتبر تصديقه و قال التمرتاشي رحمه الله تعالى التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك في نكاح و قالت ابنك ابني من زنا لم يثبت النسب بينهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابنك ابني في نكاح يثبت لما قلنا و في الإيضاح دعوى النسب انما لا تبطل بالتناقض لأن التناقض انما يكون بين المتساويين و لا مساواة بينهما فإن دعوى النسب اقوى من النفى (لأن الظاهر أن الولد منهما) أى من الزوجين (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أى على صاحبه يعنى لا يقبل قوله فى حق صاحبه (و هو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني و بين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (إلا أن هناك) أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين (يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل) و هو الثوب (يحتمل الشركة و ههنا) أي في مسألة دعوى النسب (لا يدخل لأن النسب لا يحتملها) أى الشركة (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى جارية

=> فالقول للزوج فيهما و قيد باسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه لما فيها أيضا عن المنتقى صبى فى يد رجل و امرأة قالت المرأة هذا ابنى من هذا الرجل و قال ابنى من غيرها يكون ابن الرجل و لا يكون للمرأة فان جآء ت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه و كانت زوجته بهذه الشهادة و ان كان فى يده و ادعاه و ادعت امرأته أنه ابنها منه و شهدت المرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه لأنه فى يده و احترز عما فيها أيضا صبى فى يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته و لم تسم أباه و أقام رجل أنه ولد فى فراشه و لم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة و لا يعتبر الترجيح باليد كما لو ادعاه رجلان و هو فى يد أحدهما فانه يقضى لذى اليد كذا فى رد المحتار. (١)و زعم –ن– فزعم. (٢)فهو ابنهما ان ادعيا معا و إلا ففيه تفصيل ابن كمال كذا فى الدر المختار.

فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لأنه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق و ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم

فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم لأنه ولد المغرور) و فسر المغرور بقوله (فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق و ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع (١) الصحابة رضي الله تعالى عنهم) قال أبو بكر الرازيّ في شرحه

---

(١)بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم قال المحدث الفقيه العثمانيّ فى اعلاء السنن باب ولد المغرور حر بالقيمة ص ٤٧٠ ج١٥ حدثنا ابو بكر بن عياش عن مطرف عن عامر عن على رضى الله تعالى عنه فى رجل اشترى جارية فولدت منه أولادا ثم أقام رجل البينة أنها له قال ترد عليه و يقوم عليه ولدها يغرم الذى باعها ما عز و هان رواه ابن ابى شيبة فى مصنفه (زيلعى) و رجاله ثقات و قد اثبتنا سماع الشعبيّ من علي رضىَ الله تعالى عنه فى الاستدراك وغيره فليراجع حدثنا سفيان بن عيينة عن ايوب بن موسى عن ابن قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قوما فغرتهم و زعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولادا فوجدها أمة فقضى عمر رضى الله تعالى عنه بقيمة أولادها فى كل مغرور غرة رواه ابن ابى شيبةؒ أيضا (زيلعى) و رجاله ثقات و صححه ابن حزمؒ فى المحلى (ص ١٣٩ ج٨) حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن خلاس أن أمة أتت طياً فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم ان سيدها ظهر عليها فقضى عثمان رضى الله تعالى عنه أنها و أولادها لسيدها و جعل لزوجها ما أدرك من متاعها و جعل فيهم الملة (أى الدية و العوض) و السنة فى كل رأس رأسين رواه ابن ابى شيبةؒ أيضا (زيلعى) رجاله ثقات و لكن خلاسا لم يسمع من عثمان رضى الله تعالى عنه و سماع عبد الأعلى من سعيد بعد الاختلاط مالك رحمه الله تعالى فى المؤطا أنه بلغه أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أو عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه قضى أحدهما فى أمة غرت رجلا بنفسها فذكرت أنها حرة فتزوجها فولدت له أولادا فقضى أن ولده بمثلهم قال مالك رحمه الله تعالى و تلك القيمة عندى (زيلعى) و قال الحافظؒ فى التلخيص و إطلاق (الرافعيؒ) الاجماع باعتبار أنهما لا يعرف لهما فى ذلك مخالف اه

باب ولد المغرور حر بالقيمة

قوله حدثنا أبو بكر بن عياش إلى آخر الباب قال العبد الضعيف ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الأصل عن يزيد بن عبد الله بن قسيط قال أبقت أمة فأتت بعض القبائل فانتمت إلى بعض قبائل العرب فتزوجها رجل من بنى عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فقضى بها لمولاها و قضى على أبى الولد أن يفدى الأولاد الغلام بالغلام و الجارية بالجارية قال و فى هذا دليل على أن ولد المغرور يكن حرا بعوض يأخذه المستحق من المغرور فأخذ بعض العلماء رحمهم الله تعالى بظاهره فقالوا مضمون بالمثل الغلام بالغلام و الجارية بالجارية و عندنا هو مضمون بالقيمة و تأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام و الجارية بقيمة الجارية و المراد المماثلة فى المالية دون الصورة قال السرخسى رحمه الله تعالى فإنه ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل كما قال ﷺ فى العبد بين اثنين يعتقه أحدهما إن كان موسرا ضمنه نصف قيمته و هكذا روى عن عمر رضى الله تعالى عنه و هو تأويل حديث على رضى الله تعالى عنه الذى ذكره (محمد) بعد هذا عن الشعبى=>

و لأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ثم الولد حاصل في يده

لمختصر الطحاوي في كتاب النكاح لا خلاف بين الصدر الأول و فقهاء الامصار أن ولد المغرور حر الأصل و لا خلاف ايضاً بين السلف انه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام و الجارية بالجارية يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله و إن كان جارية فعليه جارية مثلها و قال علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه عليه قيمة الولد و اليه ذهب أصحابنا (و لأن النظر من الجانبين) أى جانب المغرور و جانب المستحق (واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما) أي للمغرور و المستحق (ثم الولد حاصل في يده) هذا بيان لسبب الضمان و هو المنع

=> أن رجلا اشترى جارية فولدت منه فاستحقها رجل و رفع ذلك إلى على رضى الله تعالى عنه فقضى بالجارية لمولاها و قضى للمشترى على البائع أن يفك ولده بما عز و هان و لم يرد بقوله قضى بأولادها لمولاها أن يسلم الأولاد إليه و إنما المراد جعل الأولاد فى حقهم كأنهم مملوكين له حيث أوجب له القيمة على المغرور و أضاف ذلك إلى البائع بطريق أن قود الضمان عليه فإن المشترى يرجع على البائع بما غرم من قيمة الأولاد و معنى قوله عز و هان بالقيمة بالغة ما بلغت و هو الأصل عندنا فى ولد المغرور فإنه فى حق المغرور هو حر الأصل و فى حق المستحق كأنه رقيق مملوك له بملك الأصل أى الجارية لأنه لا وجه لإيجاب الضمان له إلا هذا و لأن النظر من الجانبين واجب و النظر فى جانب المغرور فى حرية الولد لأنه لم يرض برق مائه و النظر فى جانب المستحق فى رق الولد لكونه لا يبطل ملكه عما هو جزء من ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور و يعتبر قيمته وقت الخصومة اه ملخصا (١٧٦:١٧) و فى "الهداية" و ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم اه و قد بينا معنى الإجماع فى المتن قلت و قد صح عن عمر أنه قضى فى أولاد الغارة بالقيمة و فى رواية أنه قضى بقيمة أولادها فى كل مغرور غرة (المحلى ١٣٨:٨) فثبت أنه لم يقض بالمثل و قوله فى كل مغرور غرة بيان للقيمة أى يغرم فى كل مغرور قيمة غرة و هذا ظاهر و لكن ابن حزم تجشم حملها على المثل تمشية لمذهبه لكون الحيوان مضمونا بمثله عنده و قد استوفينا الكلام معه فى باب السلم و السلف فى الحيوان فليراجع و قول على رضى الله تعالى عنه ترد إليه و يقوم عليه الولد فيغرم الذى باعه بما عز و هان صريح فى ضمان الولد بالقيمة و أما قول ابن حزم إنهم تعلقوا بهذه و قد كذبوا لأنهم لا يغرمون البائع ما يفدى به ولده (١٣٩:٨) اه فلا يرد علينا لأنا قائلون بغرامة البائع ما يفدى به ولده صرح به السرخسى فى "المبسوط" و نصه فإن المشترى يرجع على البائع بما غرم من قيمة الأولاد كما مر و أما رجوعه عليه بثمن الجارية فلا خلاف فيه قال الموفق فى "المغنى" بعد ما ذكر اختلاف الروايات عن أحمد فى كيفية الضمان ما نصه و عن أحمد رواية أنه يفديهم بقيمتهم و هو قول أبى حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى و هو أصح إن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثلى فيضمن بقيمته كسائر المتقومات و رجع بذلك كله على الغاصب يعنى بالمهر و ما فدى به الأولاد لأن المشترى دخل على أن يسلم له الأولاد و إن يتمكن من العطا بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها لأنها ملك المالك رجعت إليه لكنه يرجع على الغاصب أى البائع بالثمن الذى أخذه منه اه ملخصا (٤١١:٥)

من غير صنعه فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع و لو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع و كذا لو ترك مالاً لأن الإرث ليس ببدل عنه و المال لابيه لأنه حر الاصل في حقه فيرثه و لو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع و كذا لو قتله غيره فأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامته و منع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حياً و يرجع بقيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

أي الولد حاصل في يد المغرور (من غير صنعه) يعني من غير تعد منه (فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) أي الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا يضمن إلا بالمنع (فلهذا) أي فلأجل كون الضمان بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع) و ذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق في حق المستولد حرا و يعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك (و لو مات الولد) أي قبل الخصومة (لا شيء على الأب لانعدام المنع و كذا) لا شيء عليه (لو ترك مالاً) أي لو مات ولد المغرور و ترك مالاً ميراثاً لأبيه (لأن الإرث ليس ببدل عنه) أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد إنما قال ذلك احترازا عن الدية فإنها بدل عنه و كان هذا لدفع شبهة و هي أن يقال لما توخذ ديته تقوم الدية مقام الولد في المنع فيبنغي أن يجعل منع تركته كمنع ديته فقال في جوابه الارث ليس ببدل عنه (و المال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه و لو قتله الأب يغرم قيمته لوجود المنع و كذا لو قتله غيره) أي غير الاب (فأخذ) أي الأب (ديته لأن سلامة بدله له) أي لأن سلامة بدل الولد و هو ديته للاب (كسلامته) أي كسلامة الولد نفسه (و منع بدله كمنعه) أي منع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما إذا كان) أي الولد (حياً و يرجع) أي المشتري المغرور (بقيمة الولد على بائعه لأنه) أي لأن البائع (ضمن له) أي للمشتري (سلامته) أي سلامة المبيع بجميع أجزائه (كما يرجع بثمنه) أي بثمن المبيع و هو الأم (بخلاف العقر) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه لأنه ضمان المنفعة و هي ليست من أجزاء المبيع حقيقة و عند الشافعي رحمه الله تعالى يرجع بالعقر عليه و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (لأنه لزمه) أي لأن العقر لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أي منافع الجارية المستحقة أي منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوفى مجاناً و الوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم

كتاب الاقرار

قال و إذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً إعلم أن الاقرار إخبار عن ثبوت الحق

للواطى مجاناً و في المبسوط (١) و لا يرجع على الواهب و المتصدق و الوصى بشيء من قيمة الاولاد عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى له ذلك و لو باعها المشتري من آخر و استولدها المشتري الثاني ثم استحقها رجل يرجع المشترى الثانى على بائعه بالثمن و قيمة الولد و يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن و ليس له أن يرجع بقيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما أن يرجع بقيمة الولد على بائعه.

(كتاب الاقرار)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الإقرار و لما فرغ عن الدعوى شرع في بيان الإقرار لأن جواب الدعوى إما بالإقرار أو بالإنكار فمن هذه الحيثية تظهر المناسبة بين الكتابين (قال) أي القدوري (و إذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً) لما ذكر المصنف رحمه الله تعالى لفظ القدوري رحمه الله تعالى شرع في شرحه بقوله (إعلم أن الإقرار (١) إخبار عن ثبوت الحق) هذا الذي ذكره تفسير الإقرار شرعاً و لكنه لو قيده بقوله على نفسه لكان الحد أتم مثل ما قال حافظ الدين النسفي و الإقرار إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه فقوله عن ثبوت الحق للغير كالجنس لأنه يتناول الشهادة فإنها أيضاً إخبار عن ثبوت الحق للغير و قوله على نفسه كالفصل يخرج ذلك وهذا شأن الحد أن يكون مشتملا على الجنس و الفصل و قال

---

(١) المبسوط للسرخسي ص١٧٨ ج١٧. (١) اعلم أن الاقرار اخبار الخ و فى الدر المختار (الاقرار) لغة الاثبات يقال قر الشى إذا ثبت و شرعا (اخبار بحق عليه) للغير (من وجه انشاء من وجه) قيد بعليه لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرارا اه و فى رد المحتار (قوله انشاء من وجه) هو الصحيح و قيل انشاء لكن المذكور فى غاية البيان عن الاستروشنية قال الحلوانى اختلف المشايخ فى أن الاقرار سبب للملك أم لا قال ابن الفضل لا و استدل بمسئلتين احداهما المريض الذى عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبى يصح بلا اجازة الوارث و لو كان تمليكا لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الاجازة و الثانية أن العبد الماذون إذا أقر لرجل بعين فى يده يصح ولو كان تمليكا يكون تبرعا منه فلا يصح و ذكر الجرجانى أنه تمليك و استدل بمسائل منها ان أقر فى المرض لوارثه بدين لم يصح اه ملخصا فظهر أن ما ذكره المصنف و صاحب البحر رحمهما الله تعالى جمع بين الطريقتين و كأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل.

و انه ملزم

تاج الشريعة رحمه الله تعالى الإقرار خلاف الجحود و أصله من القرار و هو السكون و الثبات و في عرف أهل الشرع عبارة عن خبر يوجب شيئاً على المخبر (و انه ملزم) أي و ان الإقرار ملزم على المقر ما أقر به و هذا حكم الإقرار و ليس هذا من حده و حده ما ذكرناه و قال الكاكي رحمه الله تعالى و حكمه ظهور ما أقر به لا ثبوته ابتداء ألا ترى انه لايصح الإقرار بالطلاق و العتاق مع الإكراه و الانشاء يصح مع الاكراه عندنا و لهذا قالوا لو أقر بمال لغيره كاذبا و المقرله يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه ديانة إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون كالتمليك المبتدأ وقيل حكمه لزوم ما أقر به على المقر و عمله إظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء و يدل عليه مسائل منها إذا أقر بعين لا يملكها يصح إقراره حتى لو ملكه المقر يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقرله و لو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصحّ تمليك ما ليس بمملوك له و منها أن إقرار المسلم بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم إليه و لو كان تمليكا مبتدا لم يصح و منها أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره و لا يتوقف على إجازة الورثة و لو كان تمليكا مبتدأ لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة و منها أن العبد المأذون له لو أقر لرجل بما في يده صح إقراره و لو تبرع به ابتداء لا يجوز و سبب الإقرار إرادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره و اعلامه و ركنه ألفاظ فيما يجب به موجب الإقرار و شرطه (١) العقل و البلوغ بلا خلاف و في كون المقر غير سفيه و لا سكران اختلاف و محاسنه كثيرة منها إسقاط الواجب عن ذمته و منها إيصال الحق إلى صاحبه و إرضاء الخالق و منها حمد الناس المقر بصدق القول و وصفهم إياه بوفاء العهد و هو مشروع بالكتاب قال تعالى ﴿كونوا (٢) قوامين بالقسط شهداء لله و لو على انفسكم﴾ قال المفسرون شهادة المرء على نفسه إقرار و قال تعالى ﴿و ليملل (٣) الذي عليه الحق﴾ الاملاء لا يتحقق إلا بالاقرار و بالسنة لما روى

(١)و شرطه الخ اعلم أن شرطه التكليف و الطوع مطلقا و الحرية للتنفيذ للحال لا مطلقا فصح إقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود و القصاص و يؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق و المأذون بما كان من التجارة للحال و تأخر بما ليس منها إلى العتق كاقراره بجناية و مهر موطوئة بلا اذن و الصبى الماذون كالعبد فيما كان من التجارة لا فيما ليس منها كالكفالة و اقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا فى حد الزنا و شرب الخمر مما يقبل الرجوع و ان بطريق مباح لا كذا فى البحر و الشامية. (٢)كونوا قوامين الآية النسا: ١٣٥. (٣)و ليملل الآية البقرة: ٢٨٢ و قال تعالى قال ء اقررتم و أخذتم على ذلكم إصرى قالوا اقررنا آل عمران: ٨١ و قال تعالى و آخرون اعترفوا بذنوبهم التوبة: ١٠٢ و قال تعالى و أشهدهم على انفسهم ألست بربكم قالوا بلى الاعراف: ١٧٢.

لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً رضى الله تعالى عنه الرجم باقراره و تلك المرأة باعترافها و هو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه و شرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً فإن العبد المأذون له و إن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال و يصح بالحدود و القصاص لأن إقراره عهد موجباً لتعلق الدين برقبته و هي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون له لأنه مسلط عليه من جهته

انه عليه الصلاة و السلام رجم ماعزاً رضى الله تعالى بإقراره بالزنا و الغامدية رضى الله تعالى عنها باعترافها و بالاجماع فان المسلمين أجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير و بالدليل العقلي و هو أن الإقرار خبر يحتمل الصدق و الكذب فرجح جانب الصدق لأنه غير متهم فيه فإن المال محبوب المرء طبعاً و لا يقر لغيره كاذباً مع كمال عقله و دينه و الزواجر شرعاً عن الكذب (لوقوعه دلالة) أي لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به لأن الإقرار دائر بين الصدق و الكذب و يترجح جانب الصدق لما ذكرنا (ألا ترى) هذا إيضاح لقوله و انه ملزم لوقوعه دلالة (كيف الزم رسول الله ﷺ ماعزاً رضى الله تعالى عنه الرجم بإقراره) أي بسبب إقراره (و تلك المرأة باعترافها) أي و كيف الزم المرأة يعني الغامدية بالرجم بسبب اعترافها بالزنا و قد مر قصتها في الحدود (و هو) أي الإقرار (حجة قاصرة) على نفسه (لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) بخلاف البينة فإنها حجة متعدية (و شرط الحرية) يعني في صحة الإقرار (ليصح إقراره مطلقاً) أي في المال وغيره (فإن العبد المأذون له و ان كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال) أما المأذون له فلأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى و اما المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال فلعدم أهليته لذلك (و يصح بالحدود و القصاص) أي و يصح إقرار العبد المحجور عليه بالحدود و القصاص لأنه مبقي على أصل الحرية فيهما على ما بينه المصنف رحمه الله تعالى مفصلاً (لأن إقراره) دليل ذلك المجموع أي لأن إقرار العبد المحجور (عهد) أي عرف (موجباً لتعلق الدين برقبته (١) و هي) أي رقبته (مال المولى فلا يصدق عليه) أى على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون له لأنه مسلط عليه) أي على الإقرار (من جهته) أي من جهة المولى لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلزمها و هو دين التجارة لأن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح إذ قد لا يتهيأ لهم

(١) برقبته لأن ذمته ضعفت بالرق فانضمت إليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره.

و بخلاف الحد و الدم لأنه يبقى (١) على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه و لا بد من البلوغ و العقل لأن إقرار الصبي و المجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذوناً له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الاذن و جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقي عليه باقية حساب لا يحيط به علمه و الاقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول

الإشهاد في كل تجارة يعلمونها معه (و بخلاف الحد و الدم) و هو القصاص (لانه) أي لأن العبد (يبقى على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه) أى فيما ذكر من الحد و القصاص و به قال (٢) الشافعي و مالك و أبو الخطاب الحنبلي رحمهم الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى أن إقرار العبد بالحد و القصاص فيما دون النفس يصح و أما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالمنصوص عنه أنه لا يقبل و يتبع به بعد العتق و به قال زفر و المزني و داود و محمد بن جرير الطبرى رحمهم الله تعالى (و لا بد من البلوغ و العقل لأن إقرار الصبي و المجنون غير لازم لانعدام اهلية الإلتزام) فلا يلزم باقرارها شيء (إلا إذا كان الصبي مأذوناً له) في التجارة (لانه ملحق بالبالغ بحكم الإذن) فيصح إقراره لانجبار رأيه برأى الولي فيعتبر كالبالغ و به قال (٣) أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح اقراره مطلقاً ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق فيه و بالسن لا يصدق إلا ببينته و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و النائم و المغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما و لا نعلم فيه خلافا و إقرار السكران يصح بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة و الردة بمنزلة سائر التصرفات و تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي و قد مر في الطلاق (و جهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه و الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أي بكون المقر به مجهولاً (٤) (بخلاف الجهالة في المقر له) يعنى أنها تمنع صحة الاقرار (لأن المجهول

---

(١)يبقى، ن. مبقى. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٢٧٣ ج٥.
(٣)و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا في المغنى. (٤)مجهولا و في النتائج فان قلت الشهادة إخبار عن ثبوت الحق أيضا و مع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى إلا من شهد بالحق و هم يعلمون و قال النبي ﷺ إذا رأيت مثل الشمس =>

لا يصلح مستحقا و يقال له بين المجهول لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره و ذلك بالبيان قال فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته و ما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بين غير ذلك يكون رجوعاً

لا يصلح مستحقاً) و في الذخيرة جهالة المقر له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس أما إذا لم تكن متفاحشة بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك و قال شمس الأئمة السرخسي لا يصح الاقرار في هذه الصورة ايضاً لأنه (١) إقرار للمجهول (و يقال له) أى للمقر (بين المجهول لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه) فإنه يبين أي العبدين أراد (فإن لم يبين أجبره الحاكم على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره و ذلك بالبيان) لأن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان و لكن لا بد أن يبين شيئاً يثبت ديناً في الذمة قل أو كثر نحو أن يبين له حبة أو فلساً أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما إذا بين شيئاً لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفاً من تراب أو نحوه كذا في شرح الطحاوي و بقولنا قالت الأئمة الثلاثة و عن الشافعي رحمه الله تعالى في قول إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى و امتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكاراً منه و يعرض عليه اليمين فان أصر جعل ناكلا عن اليمين و حلف المدعي (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فإن قال لفلان عليّ شيء لزمه أن يبين ما له قيمة) قل أو كثر نحو حبة و فلس كما ذكرنا لأن ما ليس له قيمة لا يثبت في الذمة فاذا فسر ما أقر به بذلك صار كالرجوع عما أقر به فلا يقبل منه (لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته و ما لا قيمة له لا يجب فيها) أي في الذمة (فاذا بين غير ذلك) أي غير ما له قيمة (يكون رجوعاً) عن إقراره فلا يسمع و يقبل تفسيره بالكلب و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى و

=> فاشهد و إلا فدع و أن الشهادة لا توجب حقا إلا بانضمام القضاء إليها و القضاء بالمجهول لا يتصور أما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به و قد أمكن إزالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول و لهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا فى المبسوط ص١٨٥ ج١٧. (١)لأنه إقرار للمجهول و انه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان و لا يجبر على البيان ههنا لأنه إنما يجبر لصاحب الحق و هو مجهول و فى الكافى و الأصح أنه يصح لأنه يفيد إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق و طريق الوصول ثابت لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ اه كذا فى النتائج. (٢)و به قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ و فى شرح الوجيز للرافعي الشافعى رحمه الله تعالى ص١٠٣ ج٥ إذا قال لفلان على شئ رجعنا فى التفسير إليه فان فسره بما يتمول قبل قليلا كان أو كثيرا كفلس و رغيف و تمرة حيث يكون لها قيمة و إن فسره بما لا يتمول فاما أن يكون من جنس ما يتمول أو لا يكون إن كان كحبة من الحنطة و الشعير و السمسم و =>

قال و القول قوله مع يمينه إن ادعى المقرله أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه و كذا إذا قال لفلان عليّ حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئاً و يجب أن يبين ماهو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة و لوقال لفلان عليّ مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه هو المجمل و يقبل قوله في القليل و الكثير

مالك و أحمد رحمهما الله تعالى فى رواية و عن الشافعي رحمه الله تعالى لا يقبل و لو فسره بجلد ميتة أو خنزير أو خمر قبل قوله في قول مشايخ العراق و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى (١) في رواية و عند مشايخ ما رواء النهر لا يقبل لأنه لا قيمة لهذه الأشياء و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في وجه (قال) أى القدورىّ (و القول قوله) أى قول المقر (مع يمينه إن ادعى المقرله اكثر من ذلك لأنه) أى لأن المقر (هو المنكر فيه) أى فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة و القول قول المنكر مع يمينه بالحديث (و كذا) أي و كذا يلزمه أن يبين بما له قيمة (إذا قال لفلان علي حق لما بينا) أشار به إلى قوله أخبر عن الوجوب في ذمته و في المحيط لو قال لفلان عليّ حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الإسلام لا يصدق و إن قال موصولاً يصدق لأنه بيان يعتبر باعتبار العرف و قالت الأئمة الثلاثةّ لا يصدق في الوجهين (و كذا) أى و كذا يلزمه أن يبين بما له قيمة (لو قال غصبت منه شيئاً و يجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة) لأن مطلق اسم الغصب يدل في العرف على مال متقوم (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لأن هو المجمل و يقبل قوله في القليل و الكثير) و به قال (٢) الشافعي و أحمد و مالك رحمهم الله تعالى في وجه و حكي

=> قمع الباذنجانة ففيه وجهان أحدهما لا يقبل التفسير به و أصحهما القبول و إن لم يكن من جنس ما يتمول فإما أن يجوز اقتنائه لمنفعة أو لا يجوز القسم الأول الكلب المعلم و السرجين و جلد الميتة القابل للدباغ ففى التفسير بها وجهان أحدهما لا يقبل و أصحهما القبول و من هذا القسم الخمر المحترمة و الكلب القابل للتعليم و مثال الثانى الخمرة التى لا حرمة لها و الخنزير و جلد الميتة و الكلب الذى لا منفعة به ففى التفسير بها وجهان لكن الاصح ههنا المنع اه ملخصا. (١)احمد رحمه الله تعالى الخ وّ فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٣١٣ ج٥ و إذا قال لفلان على شئ أو كذا صح إقراره و لزمه تفسيره و هذا لا خلاف فيه و متى فسر إقراره بما يتمول فى العادة قبل تفسيره و ثبت إلا أن يكذبه المقرله و يدعى جنسا آخر أو لا يدعى شيئا فيبطل إقراره و إن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره و كذا إن فسره بما ليس بمال فى الشرع كالخمر و الخنزير و الميتة لم يقبل و إن فسره بكلب لا يجوز إقتناؤه فكذلك و إن فسره بكلب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان احدهما يقبل و الثانى لا يقبل و إن فسره بحبة حنطة أو شعير و نحوها لم يقبل اه. (٢)و به قال الشافعىّ الخ كذا فى المغنى ص٣١٥ ج٥.

لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفاً ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف و النصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به و الغني عظيم عند الناس و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم و هي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة و عنه مثل جواب الكتاب

عن مالك رحمه الله تعالى ثلاثة أوجه أحدها كقولنا و ثانيها لا يقبل إلا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم و ثالثها ما يقطع به السارق و يصح مهرا (لأن كل ذلك مال) أي القليل و الكثير مال (فانه) أي فإن المال (اسم لما يتمول به إلا انه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفاً) أي الاقل من درهم لا يعد مالا في عرف (١) الناس و قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الإقرار بدراهم غير مسماة في هذه المسألة إذا بين ما دون الدرهم نصف درهم أو دانق قالوا القياس أن يصدق و في الاستحسان لا يصدق فيما دون الدرهم و قال الناطفيّ في أجناسه و في نوادر هشامٍ قال محمد رحمه الله تعالى لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم ثم قال و قال الهاروني لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جياد و لا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة و زفر رحمهما الله تعالى و قال ابويوسف يصدق في ثلاثة دراهم و لا يصدق في أقل منه (و لو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف و النصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به) أي بالنصاب (و الغني عظيم عند الناس و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم و هي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة و عنه) أي و عن (٢) أبي حنيفة رحمه الله تعالى (مثل جواب الكتاب) أي مثل جواب القدوري رحمه الله تعالى من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم و قال (٣) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يقبل تفسيره في قوله مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير

(١)في عرف الناس لأن ما دون الدرهم من الكسور و الكسور لا تعد مالا عادة كذا في المبسوط. (٢)عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى الخ قال شمس الأئمة السرخسيّ و الاصح على قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى انه يبنى على حال المقر فى الفقر و الغنى فان القليل عند الفقير عظيم و أضعاف ذلك عند الغنى حقير و كما أن المائتين عظيم فى حكم الزكاة فالعشرة عظيم فى حكم قطع يد السارق و تقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجح إلى حال المقر كذا فى الخانية و فى الشامية ذكر فى الهامش عن الزيلعيّ و ينبغى على قياس ما روى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى أن يعتبر فيه حال المقر شرنبلالية اه. (٣)قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٣٠٥ ج٥ و المغنى ص٣١٥ ج٥.

و هذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين و في الإبل بخمس و عشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه و في غير مال الزكاة بقيمة النصاب و لو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب

بالقليل و الكثير و قال بعض أصحاب مالك رحمه الله تعالى قدر الدية وقال الليث الكثير اثنان و سبعون لأن الله تعالى قال ﴿لقد (١) نصر كم الله في مواطن كثيرة﴾ و كانت غزاوته و سراياه اثنتين و سبعون و فيه بعد و في الفتاوى الصغرى لو قال مال نفيس أو كريم أو كثير أو خطير أو جليل قال الناطفي لم اجده منصوصاً و كان الجرجاني يقول مائتان ونقل في الأجناس عن نوادر هشام عن محمد لو قال على مال لا قليل و لا كثير يلزمه مائتا درهم و قال شمس الائمة البيهقي رحمه الله تعالى في كفايته عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال لفلان عليّ دراهم مضاعفة يلزمه ستة لأن أقل الدراهم ثلاثة و التضعيف أقله مرة فيضعف مرة و لو (٢) قال له علي دراهم اضعافاً مضاعفة أو قال مضاعفة اضعافاً عليه ثمانية (٣) عشرة و لو قال علي عشرة و أضعافها مضاعفة عليه ثمانون (٤) درهماً (و هذا) أي ما ذكرنا من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (إذا قال) له على مال عظيم (من الدراهم اما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين) لأنه النصاب من الدنانير (و في الإبل بخمس و عشرين لأنه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه) كالعشرين من الدنانير و المائتين في الدراهم فإن قلت ينبغي أن يقدر في الإبل بخمسة لأن صاحبها غني بها وجبت عليه شاة و الغني عظيم عند الناس قلت الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة حقير لعدم الوجوب من جنسه فيشترط الخمسة و العشرون ليكون عظيماً مطلقاً لاطلاقه فانصرف المطلق إلى الكامل و قال الكاكي رحمه الله تعالى انما يشترط أن يجب فيه من جنسه حتى يكون عظيماً لأن إيجاب خلاف جنسه كايجاب شاة في خمس من الابل دليل حقارته و قصوره و قلته (و في غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعنى و فيما إذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب أى بقدر النصاب قيمة (و لو قال أموال عظام) يعني و لو قال عليّ أموال عظام بصيغة الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب

---

(١)لقد نصركم الله الآية التوبة: ٢٥. (٢)و لو قال الخ و فى السراجية لو قال له دراهم أضعاف مضاعفة لزمته أربعة و عشرون لأن بقوله دراهم لزمه ثلاثة و بقوله أضعافا تسعة و بقوله مضاعفة اثنى عشر فجملته ما قلنا كذا فى المنحة على البحر. (٣)ثمانية عشر لأن الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة و قوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيقتضى ثمانية عشر و فى الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة و أضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر. (٤)ثمانون درهما لأن أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين.

من جنس (١) ما سماه اعتباراً لأدنى الجمع و لو قال دراهم كثيرة لم يصدق فى أقل من عشرة و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه و له أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع

من جنس ما سماه) يعني من الدراهم ستمائة و من الدنانير ستون و على هذا قياس الابل و الغنم لو أقر بهما (اعتباراً لادنى الجمع) و هو ثلاثة (و لو قال دراهم كثيرة) أي و لو قال لفلان علي دراهم كثيرة (لم يصدق في أقل من عشرة) دراهم (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما) أى عند ابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لم يصدق في أقل من مائتين) أى مائتي درهم و قال الشافعي رحمه الله تعالى يصدق في ثلاثة دراهم و لا يصدق في أقل من ذلك و كذا لو قال علي دنانير كثيرة لم يصدق عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى فى أقل من عشرة دنانير و عندهما فى أقل من عشرين مثقالا و عند الشافعى رحمه الله تعالى فى أقل من ثلاثة دنانير ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زادهؒ في مبسوطه و قال القدوري رحمه الله تعالى في كتاب التقريب روى ابن سماعةؒ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مثل قولهما (لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع الزكاة و التصدق على الفقير (بخلاف ما دونه) أى بخلاف ما دون النصاب لأن من ملك ما دون النصاب لا يسمى مكثرا (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن العشرة (٢) أقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع) يعني من حيث التمييز لأن ما بعد العشرة

(١)من جنس ما سماه أى من نوع ما سماه. ن. من أى فن سماه أى من أى نوع سماه. (٢)أن العشرة الخ أقول فيه بحث و هو أن كون العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزا له لا عند إنفراده عنه فانه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة إلى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة و مسئلتنا مفروضة فى حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة و الأولى فى تعليل قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى فى هذه المسألة ما ذكره صاحب الغايةؒ حيث قال و لابى حنيفة رحمه الله تعالى أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا و إنما تثبت ضرورة أن لا تصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة و العرف متعذر و ما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير و أدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روى أنه كان لا يقطع في الشئ التافه ثم اعتبر النصاب فى حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة اه قال الشيخ أبو نصر البغدادىؒ و الفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين قوله دراهم كثيرة و بين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التى ترجع إلى العدد و قوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد و العظيم فى الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك كذا فى النتائج.

يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه و لو قال دراهم فهي ثلاثة لأنها أقل الجمع الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله و ينصرف إلى الوزن المعتاد و لو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف و أقل ذلك من المفسر أحد عشر و لو قال كذا و كذا لم يصدق في أقل من أحد و عشرين لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف و أقل ذلك من المفسر أحد و عشرون فيحمل كل وجه على نظيره

التمييز بالمفرد لأنه (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون) أي العشرة (هو الاكثر من حيث اللفظ) أي من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف اليه) لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا و لا مانع من الصرف اليه لا يعدل إلى (١) غيره (و لو قال دراهم فهي ثلاثة)هذا لفظ القدوري يعني لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله (لأنها أقل الجمع الصحيح) الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى (إلا أن يبين اكثر منها) هذا من تتمة كلام القدوري يعني إلا أن يبين المقر اكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه و قال المصنف في تعليله (لأن اللفظ) أى لفظ الجمع (يحتمله) أى يحتمل الاكثر من الثلاثة و لا تهمة فيه لكونه عليه لا له (و ينصرف إلى الوزن المعتاد) بين الناس لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف و هو غالب نقد البلد و في تحفة الفقهاء لو قال عليّ الف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان و إن لم يكن فيه شيء متعارف فيحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع و كذلك في الدينار يعتبرون المثاقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه (و لو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدوري في مختصره و قال المصنف رحمه الله تعالى في تعليله (لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف و أقل ذلك من المفسر أحد عشر درهما) و اكثره تسعة عشر لأنه يقال أحد عشر إلى تسعة عشر فيلزمه الأقل المتيقن من غير بيان و الزيادة تقف على بيانه (و لو قال كذا وكذا) درهما (لم يصدق في أقل من أحد و عشرين) درهما (لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف و أقل ذلك من المفسر أحد و عشرون) درهما (فيحمل كل وجه على نظيره) تقدير هذا الكلام أن كذا كناية عن العدد و الأصل في استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير في الأعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع

(١)إلى غيره و فى النتائج لا يقال ينبغى أن يصدق فيما بين الثلاثة و العشرة لأنه كثير لأنا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا فى غاية البيان.

و لو قال كذا درهماً فهو درهم لأنه تفسير للمبهم

و ما ليس له ذلك بطل فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له علي درهم و إذا قال كذا كذا كان أحد عشر و إن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير و إذا قال كذا و كذا كان احدا و عشرين و إن ثلث بالواو كان مائة و أحدا و عشرين و إن ربع يزاد الف على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى الآن (و لو قال كذا درهما فهو درهم) أي الذي يلزمه درهم (لأنه) أي لأن قوله درهما (تفسير للمبهم) أى تمييز للشئ المبهم و هو قوله كذا لأنه كناية عن العدد على سبيل الإبهام و قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى قوله لأنه تفسير للمبهم يعني إن درهما منصوب على التمييز فلزم أن يكون هو المجمل و المبهم و قال الأترازي رحمه الله تعالى و قال الإمام شرف الدين أبوحفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيليّ في كتاب المنهاج و إن قال له على كذا درهما لزمه ما بينه ثم قال الأترازي رحمه الله تعالى كان ينبغي أن يلزمه في هذه المسألة أحد عشر لأنه أول العدد الذي يقع مميزه منصوباً و إذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم و القياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار إذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لأنه ذكر جملة و فسرها بدرهم منصوب و ذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل و هو عشرون لأنه متيقن و قال تاج الشريعةؒ فإن قلت ينبغي أن يجب أحد عشر درهما لأنه أقل عدد يجيئ مميزه منصوباً قلت الأصل براء ة الذمة فيثبت الأدنى لتيقن و في الذخيرة و التتمة محالا إلى الجامع الصغير يلزمه درهمان لأن كذا كناية عن العدد و أقل العدد درهمان و الواحد لا يكون عدداً و قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في قوله كذا درهم ففيه أربعة أوجه أحدها أن يقول درهم بالرفع فيلزمه درهم و تقديره شيء هو درهم فيجعل الدرهم بدلاً من كذا و ثانيها أن يقول درهم بالجر فيلزمه جزء درهم يرجع فى تفسيره إليه و التقدير جزء درهم أو بعض درهم و يكون كذا كناية عن جزء درهم و ثالثها أن يقول درهما بالنصب و النصب على التفسير و هو التمييز فيلزمه درهم و رابعها ان يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضاً لأنه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف و قال القاضي الحنبلي و بعض اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى يلزمه درهم في الحالات كلها و قال خواهر زاده رحمه الله تعالى إذا قال كذا درهم بالجر يلزمه مائة درهم و قال هكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى لأنه ذكر عدداً مبهماً مرة واحدة و ذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض و أقل ذلك مائة درهم و إن قال كذا كذا

(١)قال الشافعي واحمد رحمهما الله تعالى الخ كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٣١٨ ج٥.

و لو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواه و إن ثلث بالواو فمائة واحد و عشرون و إن ربع يزاد عليها ألف لأن ذلك نظيره قال و إن قال له عليّ أو قبلي فقد أقر بالدين لأن عليّ صيغة إيجاب

درهم يعني بالجر يلزمه ثلاثمائة درهم لأنه ذكر عددين مبهمين بلا واو العطف و ذكر الدرهم عقيبهما بالخفض و أقل ذلك من العدد المصرح ثلثمائة لأن ثلاثاً عدد و مائة عدد و ليس بينهما عاطف و يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما بالخفض و قال الكاكي رحمه الله تعالى و ما نقله ابن قدامة في المغني (١) و صاحب الحلية عن محمد رحمه الله تعالى انه ذكر إذا قال كذا درهما لزمه عشرون عنده لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية و الذخيرة و التتمة و فتاوى قاضي خان و لم أجده في الكتب المشهورة لاصحابنا و عند ابن الحكم المالكي رحمه الله تعالى يلزمه عشرون (و لو ثلث كذا بغير واو) أي لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو العطف فقال كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) أي فيلزمه أحد عشر درهما (لانه لا نظير له سواه) أي لا نظير للمثلث بلا واو و تقريره أنه يحمل الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلاثة أعداد الجمع بينها ذكراً بلا ذكر عاطف و يحمل الاثنان على أقل ما يعتاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عاطف و هو أحد عشر (و إن ثلث بالواو) بأن قال كذا و كذا و كذا (فمائة و أحد و عشرون) أي يلزمه مائة واحد و عشرون درهما لأنه عدد يعتاد التعبير عنه بثلاثة أعداد مع العاطف (و إن ربع) بأن قال كذا و كذا و كذا و كذا (يزاد عليها ألف) فيلزمه ألف و مائة و أحد و عشرون (لان ذلك نظيره) أي لأن الذي ربعه بواو العطف نظيره في العدد المفسر يعني لو قال علي لفلان الف و مائة و أحد و عشرون يلزمه ذلك لصراحته فكذا يلزمه إذا ذكره بلفظ الكناية عن العدد (٢) (قال (٣) و إن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن علي) أى كلمة علي (صيغة إيجاب) قال الله تعالى

---

(١) المغنى ص ٣١٩ ج٥. (٢) العدد و فى البحر و لو خمس زيد عشرة آلاف و لو سدس يزاد مائة ألف و لو سبع يزاد ألف ألف و كل ما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى اه و فى المنحة على البحر قوله (و لو خمس زيد عشرة آلاف) قال بعض الفضلاء هذا حكاه العينيّ بلفظ ينبغي لكنه غلط ظاهر لأن العشرة الآلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال أحد عشر ألفا فيلزم أن تهدر الواو التي تعتبر مهما أمكن و هنا ممكن فيقال أحد و عشرون ألفا و مائة و أحد و عشرون درهما نعم قوله "و لو سدس الخ" مستقيم أى فيقال فيه مائة ألف و أحد و عشرون ألفا و مائة و أحد و عشرون درهما لا أنه مستقيم زيادة على العشرة الآلاف اه و في تقريرات الرافعي (قوله لكنه غلط ظاهر الخ) لعل وجه ما حكاه العينيّ أنه كما يقال أحد و عشرون ألفا الخ يقال ألف و مائة و أحد و عشرون و عشرة آلاف و ان كان فيه تطويل بزيادة حرف العطف فيحمل اللفظ عليه للتيقن بالأقل تأمل إلا أنه على هذا لا يتعين أن يكون المزيد عشرة آلاف بل يصح تقدير ما دونها. (٣)قال أى =>

و قبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة و لو قال المقر هو وديعة و وصل صدق لأن اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون عليه حفظه و المال محله فيصدق موصولاً لا مفصولاً قال رحمه الله تعالى و في بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه إقرار بالامانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين و الامانة جميعا و الأمانة أقلهما و الأول أصح و لو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة

﴿و لله على الناس حج البيت﴾ و محل الإيجاب الذمة (و قبلي) أي لفظ قبلي (ينبيء عن الضمان) يقال فلان قبل عن فلان أي ضمن و سمي الكفيل قبيلا لأنه ضامن للمال و سمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة و هو ظاهر قول الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (على ما مر في الكفالة) و هذا في اوائل كتاب الكفالة و هو قوله و كذا إذا قال أنا به زعيم و قبيل لأن الزعامة هي الكفالة و قد روينا فيه و القبيل هو الكفيل و لهذا سمي الصك قبالة (و لو قال المقر) أي في قوله علي أو قبلي (هو وديعة و وصل) أي و وصل قوله على أو قبلى بقوله هو وديعة (صدق لأن اللفظ يحتمله) أى يحتمل ما قاله (مجازاً) أي من حيث المجاز و بينه بقوله (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أى حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة (و المال محله) أى محل الحفظ فكان إطلاق وصف الضمان على الوديعة تسمية للمحل باسم الحال كما يقال نهر جار لكنه مجاز مخالف للحقيقة فيصدق فيه إذا وصل كالاستثناء و هو معنى قوله (فيصدق موصولاً لا مفصولاً) كما في الاستثناء (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (و في بعض نسخ المختصر) يعني مختصر القدوري رحمه الله تعالى (في قوله قبلي انه إقرار بالامانة لأن اللفظ ينتظمهما) أي الدين و الامانة (حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين و الامانة جميعاً و الامانة أقلهما) أى أقل الدين و الامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الأدنى المتيقن (و الاول أصح) و هو انه إقرار بالدين أصح ذكره في المبسوط و علل بأن استعماله في الدين أغلب فكان الحمل عليه اولى و قال بعض الشراح و كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولاً ما ذكره القدوري رحمه الله تعالى ثم يذكر ما ذكر في الاصل لأن الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير و مختصر القدوري إلا أن المذكور في الاصل هو الأصح فقدمه في الذكر و لهذا لم يذكر فى البداية غير ما ذكر فى الأصل (و لو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة

=> محمد رحمه الله تعالى فى الأصل و لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة فى الجامع الصغير.

في يده لأن كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده و ذلك يتنوع إلى مضمون و أمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة و لو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار لأن الهاء في الأول و الثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور و التأجيل إنما يكون في حق واجب

في يده لأن كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده) لا في ذمته (و ذلك) أي الإقرار بكون الشيء في يده (يتنوع إلى مضمون و أمانة فيثبت أقلهما و هو الامانة) و هو الظاهر من مذهب الائمة الثلاثة و قال الاكمل و نوقض بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين و ديعة أو وديعة دين فإنه دين و لم يثبت أقلهما و هو الامانة و أجيب بأن ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين و الآخر يوجب الوديعة و الجمع بينهما غير ممكن و إهمالهما لا يجوز و حمل الدين على الوديعة حمل للأعلى على الأدنى و هو لا يجوز لأن الشيء لا يكون تابعاً لما دونه فتعين العكس (و لو قال له رجل لي عليك الف درهم فقال إتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار) هذا كله لفظ القدوري و قال المصنف (لان الهاء في الاول) و هو قوله إتزنها (و الثاني) و هو قوله انتقدها (كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية) و هو الهاء (لا يكون إقراراً لعدم إنصرافه إلى المذكور) أي لعدم انصراف حرف الكناية إلى قوله انتقد أو اتزن و قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في قوله اتزن أو انتقد لا يكون إقراراً بالهاء وغيره و به قال بعض أصحاب مالك رحمهم الله تعالى لأنه لم توجد منه صيغة التزام و قد يذكر مثل ذلك من يستهزئ و يبالغ في الجحود فلا يكون إقراراً بالشك و عن بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى إذا كان بحرف الكناية يكون إقراراً كقولنا و قال ابن سحنون المالكي يكون إقراراً في الوجهين (و التأجيل إنما يكون في حق واجب) هذا اشارة إلى تعليل كون قوله أجلنى بها إقرارا يعنى أن التأجيل إنما يكون في حق واجب لأنه للترفيه فاقتضى ذلك أن يكون طلب التاجيل إقرارا

---

(١) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٢٩٧ ج٥ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص٣٥١ ج٥ و ان قال لى عليك ألف فقال أنا أقر لم يكن إقرارا و إن قال لا أنكر لم يكن إقرارا و ان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن إقرارا لذلك و ان قال أنا مقر و لم يزد احتمل أن يكون مقرا و احتمل أن لا يكون مقرا و ان قال لعل أو عسى لم يكن مقرا و ان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن إقرارا و ان قال خذ أو اتزن لم يكن مقرا و ان قال خذها أو اتزنها أو هى صحاح ففيه وجهان أحدهما ليس باقرار و الثانى يكون إقرارا اه ملخصا.

و القضاء يتلو الوجوب و دعوى الإبراء كالقضاء لما بينا و كذا دعوى الصدقة و الهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب و كذا لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين قال و من أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين و كذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً لأنه أقر على نفسه بمال و ادعى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في يده و ادعى الإجارة

بحق و اجب (و القضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا إشارة إلى تعليل كون قوله قد قضيتكها إقرارا و به قالت الأئمة الثلاثة (و دعوى الإبراء) بأن قال ابرأتنى منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لما بينا) أشار به إلى قوله و القضاء يتلو الوجوب يعنى ان الابراء أيضا يتلو الوجوب لأن الابراء اسقاط و هذا انما يكون فى مال واجب عليه و عن بعض أصحاب الشافعي أن قوله ابرأتنى عنه ليس باقرار و في (١) المحيط لو قال لي عليك الف فقال اتزنها أو انتقدها أو اقعد فاتزنها فانتقضها فاقبضها أو خذها أو لم يحل بعد هذا أو قال غداً أو أرسل من يتزنها أو يقضيها أو قال ليست مهيأة أو ميسرة اليوم أو قال ما أكثر ما تتقاضى بها أو حتى يدخل على مالي أو حتى يقدم على غلامي فهذه كلها تدل على الوجوب و لو قال إتزن أو انتقد أو أخر أو سوف أعطيك و لم يذكر مع حرف الكناية لا يكون إقراراً و لو قال لي عليك الف فقال نعم يكون إقراراً لأن نعم لا تستقل بنفسه أما لو قال لي عليك ألف فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً لأن الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرس (و كذا دعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لى كان ذلك أيضا إقرارا منه (لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب) يعني هذا دعوى التمليك منه و ذا لا يكون إلا بعد وجوب المال عليه في ذمته (و كذا) أي و كذا يدل على الوجوب (لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين) من ذمة إلى ذمة و ذا لا يكون بدون الوجوب (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين و كذبه في التاجيل لزمه الدين حالاً) و به قال أبو الخطاب الحنبلي و قال (٢) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لزمه الدين مؤجلا قال المصنف في تعليل قول أصحابنا (لأنه) أى لأن المقر بدين مؤجل (أقر على نفسه بمال) أي بمال المقر له (و ادعى حقاً لنفسه فيه) أي في المال فلا يصدق فى الدعوى (فصار) هذا (كما إذا أقر) لغيره (بعبد في يده) أى بعبد كائن فى يد نفسه (و ادعى الاجارة) فانه لا يصدق في دعوى الإجارة

---

(١)و فى المحيط الخ راجع لهذه الفروع و نحوها الفتاوى الهندية ص١٥٨ ج٤. (٢)قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٣٣٦ ج٥ و المغنى ص٢٩١ ج٥.

بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه و قد مرت المسألة في الكفالة قال و يستحلف المقر له على الاجل لأنه منكر حقاً عليه و اليمين على المنكر و إن قال له على مائة و درهم لزمه كلها دراهم و لو قال مائة و ثوب لزمه ثوب واحد و المرجع في تفسير المائة إليه و هو القياس في الاول و به قال الشافعي رحمه الله تعالى لأن المائة مبهمة و الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان و هو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد و اكتفوا بذكره عقيب العددين و هذا فيما يكثر استعماله و ذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه و ذلك

(بخلاف الإقرار بالدراهم السود) يعني إذا أقر أن لفلان علي دراهم لكنها سود يصدق (لأنه) أي لأن السواد (صفة فيه) أي صفة أصلية في الدراهم لأن الدراهم لا تنطبع إلا بغش و الأجل في الدين عارض لا يثبت بلا شرط و القول لمنكر العارض (و قد مرت المسألة في الكفالة) أي في باب الضمان منه ببيان الفرق (قال) أى القدورىّ فى مختصره و يستحلف (المقر له على الأجل لأنه منكر حقاً عليه و اليمين على المنكر) بالحديث (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن قال له علي مائة و درهم) بالرفع (لزمه كلها دراهم و لو قال مائة و ثوب لزمه ثوب واحد و المرجع في تفسير المائة إليه) أي إلى المقر (و هو القياس في الأول) يعنى أن لزوم درهم واحد و الرجوع فى تفسير المائة إلى المقر هو القياس فى الفصل الأول أيضا و هو قوله له على مائة و درهم (و به) أي و بالقياس (قال الشافعي رحمه الله تعالى) و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية (لأن المائة مبهمة و الدرهم معطوف عليها) أى على المائة (بالواو العاطفة لا تفسير لها) للتغاير بين المعطوف و المعطوف عليه (فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني) و هو قوله له على مائة و ثوب (وجه الاستحسان و هو الفرق) بين الفصلين (انهم) أي ان العلماء (استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد و اكتفوا (١) بذكره) أي بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا ترى انهم يقولون أحد و عشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة و يجعلون ذلك تفسيراً للكل (و هذا) أي الاستثقال قاله شيخ العلاء (فيما يكثر استعماله و ذلك) أي كثرة الاستعمال (عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه و ذلك) أى كثرة الوجوب بكثرة اسبابه فيما يثبت في الذمة و هو معنى

(١) و اكتفوا بذكره عقيب العددين الخ أقول لا يخفى عليك ان الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما ثبت دينا فى الذمة فى جميع المعاملات بل يعم لمثل الثوب و الشاة وغيرهما ثم ما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهرا كذا فى السعدية.

في الدراهم و الدنانير و المكيل و الموزون أما الثياب و ما لا يكال و لا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة و كذا إذا قال مائة و ثوبان لما بينا بخلاف ما إذا قال مائة و ثلاثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين و أعقبهما تفسيرا إذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة إلى تفسير فكان كلها ثياباً قال و من أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر و القوصرة و فسره في الاصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة و وجهه أن القوصرة

قوله (في الدراهم و الدنانير و المكيل و الموزون) لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة و مؤجلة و يجوز الاستقراض بها لعموم البلوى فإذا كثر وجوبها كثر الذكر فيعتبر ذلك الجنس في كل عدد فاكتفى بذكر الجنس في العدد الأخير عن ذكره فيما سبق (أما الثياب و ما لا يكال و لا يوزن فلا يكثر وجوبها) و هذا لأن الثياب لا تثبت في الذمة ديناً إلا سلما و الشاة لا تثبت ديناً في الذمة أصلا (فبقي على الحقيقة) أي على الأصل و هو أن يكون بيان المجمل موقوفاً على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة و قد انعدمت (و كذا) أي يرجع إلى المجمل في البيان (إذا قال مائة و ثوبان) فيرجع في بيان المائة إلى المقر (لما بينا) من أن الثياب و ما لا يكال و لا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما إذا قال مائة و ثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق (لأنه ذكر عددين مبهمين و أعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة (فانصرف اليهما) أي انصرف التفسير المذكور إلى العدين جميعا (لاستوائهما في الحاجة إلى تفسير فكان كلها ثياباً) لا يقال الأثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر بتمر في قوصرة (١)) بالتشديد و التخفيف و هي وعاء التمر يتخذ من قصب قولهم إنما تسمى بذلك ما دام فيها التمر و إلا فهي زنبيل مبنى على عرفهم و قال (٢) صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا و قد روى:

أفلح من كانت له قوصره   يأكل منها كل يوم مره

ثم قال و لا ادري صحة هذا البيت (لزمه التمر و القوصرة) هذا كلام القدوري رحمه الله تعالى و قال المصنف رحمه الله تعالى (و فسره) أى فسر الاقرار بتمر فى قوصرة (في الأصل) أي المبسوط (بقوله غصبت تمراً في قوصرة و وجهه) أي وجه لزوم التمر و القوصرة جميعاً (أن القوصرة

(١)قوصرة الخ كذا فى المغزب مادة قصر ص ١٨١ ج٢. (٢)قال صاحب الجمهرة الخ كذا فى تاج العروس.

وعاء له و ظرف له و غصب الشيء و هو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه و كذا الطعام في السفينة و الحنطة في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع

وعاء له) أي للتمر (و ظرف له) أي للتمر (و غصب الشيء و هو مظروف) أي و الحال انه مظروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه) أي فيلزم التمر و القوصرة المقر (و كذا) أي و كذا الحكم فيما اذا قال غصبت (الطعام في السفينة) لأن السفينة ظرف له فلا يتحقق بدون الظروف (و الحنطة في الجوالق) أى و كذا الحكم فيما إذا قال غصبت الحنطة في الجوالق (١) بفتح الجيم جمع جوالق بالضم و الجواليق بزياة الياء تسامح (بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع) أي لنزع الشيء من الشيء (فيكون اقراراً بغصب المنزوع) و بقولنا قال (٢) أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى في رواية يكون الإقرار بالمظروف لا بالظرف و الأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فان كان ذكرهما بكلمة في فيلزم الظرف و المظروف و إن كان بكلمة من يلزم المظروف دون الظرف و لو أقربشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهماً في درهم لم يلزمه الثاني لأنه لا يصلح ظرفاً للأول و لو قال غصبت إكافا على حمار أو سرجاً على فرس كان إقراراً بغصب الإكاف و السرج خاصة و به قالت الائمة الثلاثة و قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى في مبسوطه لو أقر أنه غصب ثوباً في منديل كان مقراً بالثوب و المنديل و كذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عشرة كان مقراً بهما و قال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي و لو قال غصبتك كذا و كذا أو قال كذا مع كذا أو قال كذا بكذا أو قال كذا فكذا أو قال عليه كذا لزماه جميعاً

(١)الجوالق الخ كذا في المغرب مادة جلق ص ١٥٤ ج١ و في تاج العروس مع القاموس (الجوالق بكسر الجيم و اللام و بضم الجيم و فتح اللام) و هذه عن ابن الاعرابي (و كسرها) أى مع ضم الجيم (وعاء م) معروف معرف كواله كما في الفتح و الصواب انه معرب جواله بالجيم الفارسية المنقوطة بثلاث من تحت (ج جوالق) بالفتح كصحائف و) قد جاء في الشعر (جواليق) قال:

يا حبذا ما في الجواليق السود من خشكنان و سويق مقنود

(و) ربما قالوا (جوالقات) و أنكره سيبويه قال ابن برى قال سيبويه قد جمعت العرب أسماء مذكرة بالألف و التاء لامتناع تكسيرها نحو سجل و اصطبل و حمام فقالوا سجلات و اصطبلات و حمامات و لم يقولوا في جمع جوالق جوالقات لأنهم قد كسروه فقالوا جواليق اه. (٢)قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٣٠٠ ج٥.

قال و من أقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لأن الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و على قياس قول محمد رحمه الله تعالى يضمنهما و مثله الطعام في البيت قال و من أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة و الفص لأن اسم الخاتم يشمل الكل و من أقر له بسيف فله النصل و الجفن و الحمائل لأن الإسم ينطوي على الكل و من أقر بحجلة

و لو قال كذا من كذا أو قال كذا على كذا لزمه الأول فقط يعلم وجهها بما ذكرناه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و إنما قال لزمه و لم يقل كان إقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعاً إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى في الرواية خاصة و اليه أشار بقوله (لأن الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قياس قول محمد رحمه الله تعالى يضمنهما) أي الدابة و الاصطبل و قد علم أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى (و مثله الطعام (١) في البيت) أي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت بأن قال غصبت الطعام في البيت فلا يلزم إلا الطعام عندهما و عند محمد رحمه الله تعالى يلزمانه و قال الاسبيجابي في شرح الكافي و لو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام و البيت عند محمد رحمه الله تعالى لأنه يرى الغصب في البيت و هما لا يريانه فيضمن الطعام لا غير (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة و الفص لأن اسم الخاتم يشمل الكل) و لهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية (و من أقر له) أي لغيره (بسيف فله النصل) و هو حديدة السيف (و الجفن) و هو الغمد (و الحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء و هي علاقة السيف (لأن الاسم) أي اسم السيف (ينطوي على الكل) أي ينطلق على كل السيف عرفا فله الكل (و من أقر بحجلة) (٢) و هي بيت

---

(١)الطعام في البيت و في الشامية الأصل في جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان أمكن نقله لزماه و إن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق لأنه أقر بغصب تام إذ هو مطلق فيحمل على الكمال و عند محمد رحمه الله تعالى لزماه جميعا لأن غصب المنقول متصور عنده و إن لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقولهم درهم في درهم لم يلزمه الثاني لأنه لا يصلح أن يكون ظرفا منح كذا في الهامش. (٢)بحجلة الخ و في الصحاح للجوهري مادة حجل الحجلة بالتحريك واحدة حجال العروس (بكسر الحاء) و هي بيت يزين بالثياب و الأسرة و الستور و الحجلة أيضا القبجة و الجمع حجل (بفتحين) و حجلان و حجلى (بالكسر =>

فله العيدان و الكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفاً و إن قال غصبت ثوباً في منديل لزماه جميعاً لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه و كذا لو قال علي ثوب في ثوب لأنه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف و إن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لزمه أحد عشر ثوباً لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن حرف في يستعمل في البين و الوسط أيضاً قال الله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾ أي بين عبادي فوقع الشك

يزين بالثياب و الاسرة و الستور (فله) أى فللمقرله (العيدان) برفع النون جمع عود (١) و هو الخشب كالديدان جمع دود (و الكسوة) أى و له الكسوة (لاطلاق الاسم) أى اسم الحجلة (على الكل عرفاً) فله الكل و لا نعلم خلافاً في هذه المسائل (و ان قال غصبت ثوباً في منديل لزماه جميعاً لانه) أي لأن المنديل (ظرف) للثوب (لان الثوب يلف فيه) و الخلاف فيه كالخلاف في الاقرار بالتمر في القوصرة (و كذا لو قال علي ثوب في ثوب) أي يلزمه الثوبان جميعاً (لأنه ظرف) أى لأن الثوب الثانى ظرف للثوب الأول (بخلاف قوله درهم في درهم) يعني بخلاف ما لو قال علي لفلان درهم في درهم (حيث يلزمه واحد) أي درهم واحد (لأنه) أى لأن قوله فى درهم (ضرب) أي ضرب حساب (لا ظرف) وقد مر (و إن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لزمه أحد عشر ثوباً لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) قيل هو منقوض على أصله بأن قال غصبته كرباساً في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد رحمه الله تعالى مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن حرف في يستعمل فى البين و الوسط أيضاً قال الله تعالى ﴿فادخلي في عبادي﴾ أى بين عبادي فوقع الشك) لأن كلمة في لما استعملت في معني بين كما استعملت للظرف لم يلزمه إلا ثوب واحد لوقوع الشك

=> فالسكون فيهما) و لم يجئ الجمع على فعلى بكسر الفاء إلا حرفان الظربى جمع ظربان (بالفتح فالكسر) و هى دويبة منتنة الريح و حجلى جمع حجل (بفتحتين). (١)عود الخ و فى تاج العروس مادة عود العود بالضم الخشب و قال الليث هو كل خشبة دقت وقيل العود خشبة كل شجرة دق أو غلظ و قيل هو ما جرى فيه المآء من الشجر و هو يكون للرطب و اليا بس ج عيدان (بالكسر) و أعواد (بالفتح) قال الاعشى:

فجروا على ما عودوا و لكل عيدان عصاره

و الأصل براء ة الذمم على أن كل ثوب موعى و ليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملاً و لو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب و الحساب لزمه خمسة لأن الضرب لا يكثر المال و قال الحسن رحمه الله تعالى يلزمه خمسة و عشرون و قد ذكرناه في الطلاق

فيما زاد عليه فلا يجوز و المال لا يجب بالشك و الاحتمال (و الأصل براء ة الذمم) لأنها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقوله غصبتك درهماً في درهم (على أن كل (١) ثوب) أي مع أن كل ثوب (موعى) أى مظروف في حق ما و راءه (و ليس بوا ع) إلا الثوب الذى هو ظاهر فانه وعاء و ليس بموعى (فتعذر حمله) أى حمل كلمة فى (على الظرف) أى على معنى الظرف فاذا كان كذلك (فتعين الأول) و هو كونه بمعنى البين (محملا) بفتح الميم و سكون الحاء المهملة أي من حيث الحمل على معنى البين (و لو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب و الحساب لزمه خمسة) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأن الضرب لا يكثر المال) يعني أن أثر الضرب في تكثير الاجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير (٢) المال (و قال الحسن) يعنى الحسن بن زياد (يلزمه خمسة و عشرون) إن أراد الضرب و به قال أحمد و مالك رحمهما الله تعالى في رواية و قال زفر يلزمه العشر إذا أطلق (و قد ذكرناه في الطلاق) أي في باب إيقاع الطلاق و قال الاترازي رحمه الله تعالى و لم يذكر صاحب الهداية هذه المسألة ثمة صريحاً بل فهم ذلك بالإشارة من الخلاف الواقع بيننا و بين زفر رحمه الله تعالى في قوله أنت طالق ثنتين في سنتين و قد أراد الضرب و الحساب فعندنا يقع ثنتان و عنده يقع ثلاث و إنما ذكر مسألة الإقرار صريحاً في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير قال في شرح الكافي لو قال له علي درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان و كذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم و لو قال درهم فدرهم أو درهم و درهم لزماه جميعاً ولو قال درهم درهم لزمه

---

(١) كل ثوب أقول لفظة كل ههنا للتكثير كذا فى السعدية. (٢) تكثير المال و خمسة دراهم وزنا و إن جعل ألف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على أن حساب الضرب فى الممسوحات لا فى الموزونات كذا قالوا و لأن حرف فى للظرف حقيقة و الدراهم لا تكون ظرفا للدراهم و استعماله فى غير الظرف مجاز و المجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى و قد يكون بمعنى على كما فى قوله تعالى و لأصلبنكم فى جذوع النخل أى على جذوع النخل و ليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه و لغا آخره كذا فى المبسوط و غيره و فى الولوالجية ان عنى بعشرة فى عشرة الضرب فقط أو الضرب بمعنى تكثير الأجزاء فعشرة و ان نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة سائحانى كذا فى الشامية.

و لو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله و لو قال له علي من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيلزمه الإبتداء و ما بعده و تسقط الغاية و قالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان و قال زفر يلزمه ثمانية و لا تدخل الغايتان و لو قال له

درهم واحد فرق بين هذا و بين قوله لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان لأن الإقرار إخبار فيجعل الثاني مؤكداً للأول و الطلاق إنشاء و التأكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الأول فاقتضى وقوع طلاق آخر و لو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم لأن الباء للبدلية يعني عوضه درهم و كذا إذا قال له علي درهم على درهم لأنه وصف الأول بالوجوب و الثاني بكونه موجودا له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد و لو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم (و لو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله) أى لأن لفظ فى يحتمل معنى كلمة مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى قيل مع عبادى (و لو قال له علي من درهم إلى عشرة أو قال ما بين) أي أو قال له علي ما بين (درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في وجه (فيلزمه الابتداء و ما بعده و تسقط الغاية) و هي العاشرة من العشرة (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أي الابتداء و الانتهاء و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في وجه (و قال زفرّ يلزمه ثمانية و لا تدخل الغايتان) أي الابتداء و الانتهاء (و لو قال له

---

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و فى شرح الوجيز للرافعي الشافعي رحمه الله تعالى ص٣١٤ ج٥ إذا قال له على من درهم إلى عشرة ففيما يلزمه ثلاثة اوجه أحدها عشرة و يدخل الطرفان فيه و الثانى تسعة و الثالث ثمانية و لا يدخل الطرفان و الأول أصح عند صاحب التهذيب و قال الشيخ ابو حامد و العراقيون الأصح الثانى و وافقهم الغزالىّ و لو قال على ما بين درهم إلى عشرة فالمشهور أنه يلزمه ثمانية و نقل فى المفتاح عن النص أنه يلزمه تسعة و حكى ابو خلف السلمى عن القفال أنه يلزمه عشرة فحصل فى المسألة ثلاثة أوجه كما فى الصورة الأولى و لم يفرقوا بين أن يقول ما بين واحد إلى عشرة و بين أن يقول ما بين واحد و عشرة و ربما سووا بينهما و يجوز أن يفرق و يقطع بالثمانية فى الصيغة الأخيرة اه ملخصا و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص٢٩٩ ج٥ و إن قال له على ما بين درهم و عشرة لزمته ثمانية و إن قال من درهم إلى عشرة ففيه ثلاثة أوجه أحدها تلزمه تسعة و الثانى تلزمه ثمانية و الثالث تلزمه عشرة فان قال أردت بقولى من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلها أى الواحد و الاثنان و كذلك إلى عشرة لزمه خمسة و خمسون درهما و اختصار حسابه أن تزيد أول العدد و هو الواحد على العشرة فيصير عشرة ثم تضربها فى نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب اه ملخصا.

من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما و ليس له من الحائطين شيء و قد مرت الدلائل في الطلاق.

فصل

قال و من قال لحمل فلانة علي ألف درهم فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم إذا جاء ت به حياً في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار لزمه فإن (١) جاء ت به ميتاً فالمال للموصي و المورث حتى يقسم بين ورثته لأنه إقرار في

من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما و ليس له) أي للمقرله (من الحائطين شيء و قد مرت الدلائل في الطلاق) أي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق و الشراح كلهم ما تكلموا هنا بشيء اكتفاء بما ذكره المصنف رحمه الله تعالى في كتاب الطلاق و بالله التوفيق.

(فصل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغير ها صورة و معنى ذكرها في فصل على حدة و ألحق بها مسئلة الخيار اتباعاً للمبسوط (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من قال لحمل فلانة علي الف درهم فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالاقرار صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له) أي للحمل و ذلك لأن هذا الاقرار صدر من أهله مضافاً إلى محله و لم يتيقن بكذبه فيما أقر به فكان صحيحاً كما لو أقر به بعد الانفصال لأن الجنين أهل لأن يستحق شيئاً بالميراث أو الوصية و إن بين وجهاً لا يستقيم وجوب المال به للجنين فإنه لا يصح إقراره و لا يلزمه شيء كما إذا قال لما في بطن فلانة علي الف درهم بالبيع أو الاجارة أو الاقراض فإن الاقرار لم يضف إلى محله و هو ظاهر كما لو أقر انه قطع يد فلان عمداً أو خطأ و يد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شيء لأنه كذب بيقين (ثم إذا جاء ت به) أي ثم إذا جاء ت فلانة بالولد (حيا في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الاقرار) أي كان موجوداً وقت الاقرار بأن ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار (لزمه) أي لزم الرجل ما أقر به و ان جاء ت به لاكثر من ستة أشهر إلى سنتين و هي معتدة فكذلك وأما اذا جاء ت به لأكثر من ستة أشهر و هي غير معتدة لم يلزمه (فان جاء ت به ميتاً فالمال للموصى و المورث حتى يقسم بين ورثته) أي بين ورثة كل واحد من الموصي و المورث (لانه إقرار في

---

(١)فان —ن— و إن.

الحقيقة لهما و إنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة و لم ينتقل و لو جاء ت بولدين حيين فالمال بينهما و لو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء لأنه بين سببا مستحيلاً قال فإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى

الحقيقة لهما) أى للموصي و المورث (و إنما ينتقل الى الجنين بعد الولادة و لم ينتقل) و به (١) قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يبطل إقراره لعدم مستحقه (و لو جاء ت بولدين حيين فالمال بينهما) أي نصفين ان كانا ذكرين أو انثيين و إن كان احدهما ذكراً و الآخر انثى ففي الوصية كذلك و في الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين (و لو قال المقر باعني) يعني لو قال لحمل فلانة علي الف من ثمن شيء باعني (أو أقرضني) أي أو قال حمل فلانة أقرضني الف درهم (لم يلزمه شيء لأنه بين سبباً مستحيلا) إذ البيع أو الاقراض لا يتصور من الجنين حقيقة و هو ظاهر و كذا حكماً لأنه لا ولاية لأحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرف الجنين فصار كلامه لغوا فلا يلزمه شيء (و إن أبهم الاقرار) أى لم يبين سببه (لم يصح الاقرار عند أبي يوسف رحمه الله تعالى) و قيل أبو حنيفة رحمه الله تعالى معه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و فى شرح الوجيز ص ٢٨٥ ج٥ إذا قال لحمل فلانة على ألف أو عندى ألف فله ثلاثة أحوال إحداها أن يسنده إلى جهة صحيحة بأن يقول ورثه من أبيه أو يقول أوصى به فلان له فيعتبر إقراره ثم ان انفصل الحمل ميتا فلا حق له بل هو لورثة من قال إنه ورثه منه أو للموصى أو ورثته إن أسنده إلى وصيته و ان انفصل حيا فان انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الاقرار استحق و إن انفصل لأكثر من أربع سنين فلا و إن انفصل لستة أشهر أو اكثر و لما دون أربع سنين فان كانت مستفرشة لم يستحق فان لم تكن مستفرشة قولان أحدهما أنه لا يستحق و أظهرهما الاستحقاق و إذا ثبت الاستحقاق فان ولدت تلك المرأة ذكرا فهو له و إن ولدت ذكرين فصاعدا فلهم بالسوية و إن ولدت أنثى فهو لها إن أسنده إلى وصية و إن أسنده إلى الارث من الأب فنصفه لها و إن ولدت ذكرا و أنثى فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية و ثلثاه إن أسنده إلى الارث من الأب و قوله "فنصفه لها" و هذا إذا اقتضت جهة الوراثة ما ذكرنا فان اقتضت التسوية بأن يكونا لولدى الأم كان ثلثه بالسوية قال الامام و لو أطلق الإرث سألناه عن الجهة و حكمنا بمقتضاها الحالة الثانية أن يطلق الاقرار ففيه قولان أحدهما و هو ظاهر نصه فى المختصر أنه باطل و أصحهما و به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و أبو اسحاق رحمه الله تعالى أنه يصح الثالثة أن يسنده إلى جهة فاسدة بأن يقول ألف أقرضنيه أو ثمن ما باعه منى فان لم نصححه بالاقرار المطلق فهذا أولى و إن صححناه فطريقان أحدهما أنه على القولين فى تعقيب الاقرار بما يرفعه (قال المحشى الأصح فى هذا الحال البطلان و به قطع الرافعى فى "المحرر") و أظهرهما الصحة و إذا صححنا الاقرار فى الحالتين الأخيرتين فان انفصل الحمل ميتا فلا حق له و يسأل المقر عن جهة إقراره من الارث أو الوصية و يحكم بموجبه فان انفصل حيا للمدة التى قدرنا من قبل فالكل له ذكرا كان أو أنثى و إن انفصل ذكرا و أنثى فهو لهما بالسوية و متى انفصل حي و ميت فيجعل الميت كأن لم يكن و ينظر فى الحى على ما ذكرنا اه ملخصا.

و قال محمد رحمه الله تعالى يصح لأن الاقرار من الحجج فيجب إعماله و قد أمكن بالحمل على السبب الصالح و لأبي يوسف رحمه الله تعالى ان الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له و أحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به قال و من أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره و لزمه لأن له وجهاً صحيحاً و هو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال و من أقر بشرط الخيار بطل الشرط لأن الخيار

في قول (و قال محمد رحمه الله تعالى يصح) و به (١) قال أحمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في الاصح و هو قول مالك رحمه الله تعالى (لأن الاقرار من الحجج) الشرعية (فيجب إعماله و قد أمكن بالحمل على السبب الصالح) بأن يقول اوصى له فلان أو مات أبوه فورثه تصحيحا لكلام العاقل (و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن الاقرار مطلقه) أى مطلق الاقرار (ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة و لهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه) أي على الاقرار بسبب التجارة و لم يحمل على الاقرار بغير التجارة كدين المهر و أرش الجناية حتى يؤاخذ العبد به فى حال رقه و يؤاخذ الشريك الآخر و فى الاقرار بدين المهر و أرش الجناية لا يؤاخذ العبد في حال رقه و لا الشريك الآخر أبدا (فيصير كما إذا صرح به) أي يصير المقر فيما إذا أبهم بدلالة العرف كما إذا صرح بسبب التجارة و لو صرح به كان فاسدا فكذا إذا أبهم (قال) أي القدوري (و من (٢) أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره و لزمه) أى لزم المقر ما أقر به (لان له) أي لاقراره (وجهاً صحيحاً و هو الوصية به) أى بالحمل (من جهة غيره) أى غير المقر بأن أوصى به مالك الجارية و مالك الشاة لرجل فإذا كان كذلك (فحمل عليه) و قال الشافعي رحمه الله تعالى إن أطلق لا يصح في قول نقله المزني عنه و في قول يصح و هو الاصح و به قال أحمد و مالك رحمهما الله تعالى إن تيقن بوجوده عند الاقرار (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر بشرط الخيار بطل الشرط) صورته إن أقر لرجل بدين أو قرض أو غصب أو وديعة قائمة أو مستهلكة على انه بالخيار في ابقاء الاقرار ثلاثة أيام فالاقرار جائز و يبطل الشرط (لان الخيار) في الحقيقة

(١)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢٧٦ ج٥. (٢)و من أقر الخ و فى الدر المختار (و صح الاقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أى وقت الاقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (و لو) الحمل (غير آدمى) و يقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة زيلعى لكن فى الجوهرة أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر و أقلها لبقية الدواب ستة أشهر اه و فى رد المحتار على الدر المختار (قوله لثبوت نسبه) فيكون حكما بوجوده (قوله لكن فى الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر اه.

للفسخ و الإخبار لا يحتمله و لزمه المال لوجود الصيغة الملزمة و لم ينعدم بهذا الشرط الباطل.

باب الاستثناء و ما في معناه

قال و من استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء و لزمه الباقي

(للفسخ) أى للأجل الفسخ (و الاخبار لا يحتمله) أى لا يحتمل الفسخ يعنى أن الاقرار اخبار و الاخبار لا يحتمل الفسخ لأن الخبر إن كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره و عدم اختياره و ان كان كاذبا لم يتغير باختياره و عدم اختياره و إنما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتغير به صفة العقد و يتخير به من له الخيار بين فسخه و إمضائه و أما صحة الاقرار التى حكمها لزوم المقر به كما أشار إليه بقوله (و لزمه المال) أى لزم المقر المال الذى اقربه (لوجود الصيغة الملزمة) و هي قوله علي و نحوه (و لم ينعدم) أى اللزوم و قيل أى الاخبار (بهذا الشراط الباطل) يعنى شرط الخيار يقبل الخيار فاذا تصادقا عليه صار ذلك كالمعاين فى حقهما لأن الباطل لا تأثير له أما لو أقر بدين من ثمن مبيع على أنه فيه بالخيار ثلاثة أيام فان هناك يثبت الخيار إذا صدقه صاحبه لأن سبب الوجوب عقد يقبل الخيار و إن كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لأن مقتصى مطلق البيع اللزوم و الخيار أمر عارض فلا يثبت إلا بحجة ولو أقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة أو قصيرة فإن صدقه المقر له فهو كما قال و الخيار ثابت له إلى آخر المدة لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل ما تصادقا عليه كالمعاين في حقهما كذا في المبسوط (١).

(باب الاستثناء و ما في معناه)

أى هذا باب في بيان حكم الاستثناء و ما في معناه و الاستثناء استفعال من الثنى و هو الصرف و هو متصل و هو الإخراج و التكلم بالباقي و منفصل و هو ما لا يصح إخراجه قوله و ما في معناه أي و ما في معنى الاستثناء في كونه مغيرا و هو الشرط (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من استثنى متصلا بإقرارصح الاستثناء و لزمه الباقي) لا بد فيه الاتصال و هو مذهب الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى و فيه خلاف بعض العلماء و نقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما جواز التأخير و استدل بقوله ﷺ و الله لأغزون قريشاً ثم قال بعد سنة إن شاء الله و أجيب بأن هذا لم يكن على وجه الاستثناء بل هو امتثال لما أمر به في قوله عزوجل و اذكر ربك إذا نسيت و عن عبد الملك المالكيّ لا يصح الاستثناء و عنه أنه لا يصح استثناء الآحاد من العشرات و لا المئين من الالوف بل يصح استثناء الآحاد و العشرات من المئين و الالوف و استثناء الأقل و الأكثر يجوز و قال الفراءّ لا يجوز

(١)المبسوط للسرخسيّ كتاب الاقرار باب الخيار ص١٩٩ ج١٧.

لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي و لكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الأقل أو الأكثر فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار و بطل الإستثناء لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا و لا حاصل بعده فيكون رجوعاً و قد مر الوجه في الطلاق و لو قال له علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و لو قال له علي مائة درهم إلا ثوباً لم يصح

استثناء الاكثر من الأقل و عن أحمد رحمه الله تعالى مثله و في الكافي و عن أبي يوسف و هو قول مالك و الفراء انه لا يصح استثناء الاكثر اه و في الحلية و به قال ابن درستويه النحوي و أحمد رحمهما الله تعالى و لكن ما ذكره من قول مالك رحمه الله تعالى لم يكن مشهوراً عند أصحابه و استثناء الكل من الكل لا يجوز بلا خلاف و ذكر المصنفؒ في زياداته هذا إذا استثنى بعين ذلك اللفظ بأن قال نسائي طوالق إلا نسائي أما لو قال نسائي طوالق إلا عمرة و زينب و فاطمة حتى أتى على الكل صح و كذا لو قال نسائي طوالق إلا هؤلاء صح الاستثناء و لم تطلق واحدة منهن (لأن الاستثناء مع الجملة) أي صدر الكلام (عبارة عن الباقي) لأن معنى قوله على عشرة إلا واحدا معنى على تسعة (و لكن لا بد (٢) من الاتصال) أي اتصال الاستثناء بقوله و إلا لا يصح و قد مر بيانه الآن (و سواء استثنى الأقل أو الأكثر) أي أقل من الباقي أو أكثر منه كما في قوله لفلان علي الف إلا أربعمائة و لفلان علي ألف إلا ستمائة و الدليل على جواز ذلك قوله عز و جل ﴿قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه﴾ و الأظهر فى الاستدلال ما ذكر من أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى و لا فرق في ذلك بين إستثناء الأقل و الأكثر (فان استثنى الجميع لزمه) أي لزم المقر (الاقرار) أى كل ما أقر به (و بطل الاستثناء) أى بطل ما ذكره فى صورة الاستثناء (لأنه) أى الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أي بالباقى بعد الثنيا (و لا حاصل بعده) أي بعد استثناء الكل (فيكون رجوعاً) و الرجوع عن الإقرار لا يصح (و قد مر الوجه في الطلاق) أي قد مر وجه ذلك في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق (و لو قال له علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز و هذا) أي هذا الحكم (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) استحسانا (و لو قال له علي مائة درهم إلا ثوباً لم يصح

(١)لا بد من الاتصال و فى الدر المختار (و شرط فيه الاتصال) بالمستثنى منه (إلا لضرورة كنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (و النداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه و التاكيد (كقوله لك على ألف درهم يا فلان إلا عشرة بخلاف لك على ألف فاشهدوا إلا كذا و نحوه) مما يعد فاصلا لأن الاشهاد يكون بعد تمام الاقرار فلم يصح الاستثناء اه و فى رد المختار على الدر المختار (قوله لأنه للتنبيه) أى تنبيه المخاطب و تأكيد الخطاب لأن المنادى هو المخاطب =>

الاستثناء و قال محمد رحمه الله تعالى لا يصح فيهما و قال الشافعي رحمه الله تعالى يصح فيهما لمحمدرحمه الله تعالى ان الإستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ و هذا لايتحقق في خلاف الجنس و للشافعي رحمه الله تعالى انهما اتحدا جنساً من حيث المالية و لهما أن المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية و هذا في الدينار ظاهر

الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا أماصحة الوجه الأول فلأنه استثناء المقدر من المقدر و هو صحيح استحسانا و تطرح قيمة المستنى مما أقر به و أما عدم جواز الوجه الثاني فلانه استثناء غير المقدر من المقدر فلا يصح الاستثناء (و قال محمد رحمه الله تعالى لايصح فيهما) أى فى الوجهين و هو القياس و به قال زفر رحمه الله تعالى و أحمد (١) رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يصح فيهما) أى فى الوجهين و به قال (٢) مالك رحمه الله تعالى (لمحمد رحمه الله تعالى أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ و هو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (و هذا) المعنى لا يتصور في خلاف الجنس) أى فى استثناء خلاف الجنس و اطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز و في بعض النسخ و هذا لا يتحقق في خلاف الجنس (و للشافعي رحمه الله تعالى انهما) أي المستثنى و المستثنى منه (اتحدا جنساً) أي من حيث الجنس (من حيث المالية) حاصله أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى و هو التصرف اللفظي و قال (٣) الأكمل و كلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى و المستثنى منه شرط عند الشافعي رحمه الله تعالى أيضاً و هو الحق و قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء يعارض الصدر و ليس من شرطه المجانسة و ليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة و نحن نقول إن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى اثبات المجانسة لأجل الدخول منا انتهى كلامه (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أن المجانسة في الأول) أي في الوجه الأول و هو قوله له علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) لأنها تثبت في الذمة ثمناً (و هذا في الدينار ظاهر) أى ثبوت

=> و مفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر و نقل عن الجوهرة و لم أره فيها لكن قال فى غاية البيان و لو قال لفلان علي ألف درهم يا فلان إلا عشرة كان جائزا لأنه أخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص و هذا صيغته فلايعد فاصلا اه تأمل و فى الولوالجية لأن النداء لتنبيه المخاطب و هو محتاج إليه لتاكيد الخطاب و الاقرار فصار من الاقرار اه.

(١)احمد رحمه الله تعالى كذا فى المغنى. (٢)قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لكن ذكر الرافعيّ فى شرح الوجيز قول مالك رحمه الله تعالى مع قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى. (٣)قال الاكملٌ فى العناية ص ٣٣١ ج٧.

و المكيل و الموزون أوصافهما أثمان أما الثوب فليس بثمن أصلاً و لهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة و ما يكون ثمناً صلح مقدراً للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم و ما لا يكون ثمناً لا يصلح مقدراً فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصح قال و من أقر بحق و قال إن شاء الله تعالى متصلا بإقراره لا يلزمه (١) الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق

المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول ظاهر (و المكيل و الموزون أوصافهما أثمان) أى أنهما أثمان بأوصافهما حتى لو عينا تعلق العقد بأغيانهما و لو وصفا و لم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار و لهذا يستوى الجيد والردئ فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى و ان كانت أجناسا صورة و الاستثناء استخراج و تكلم بالباقي معنى لا صورة لأنه تكلم بالمائة صورة (أما الثوب) يعنى في الوجه الثاني (فليس بثمن أصلا و لهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) احترز به عن السلم فانه يجب في السلم (و ما يكون ثمناً صلح أن يكون مقدراً) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم) فيكون تقديره له على الف إلا قدر قيمة المستثنى (و ما لايكون ثمناً لا يصلح أن يكون مقدراً) للدراهم لعدم المجانسة (فبقى المستثنى من الدراهم مجهولاً) و جهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه (فلا يصح) أي الاستثناء فيجبر على البيان و في الذخيرة و إذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به و إن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شيء ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى يلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكر في الذخيرة محالاً إلى المنتقى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و لو قال لفلان علي مائة درهم إلا قليلا فعليه أحد و خمسون درهما و كذا في نظائرها نحو قوله إلا شيئا لأن الشيء استثناء الأقل عرفا فاوجبنا النصف و زيادة درهم و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو قال علي عشرة إلا بعضها فعليه أكثر من النصف (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر بحق و قال إن شاء الله تعالى متصلا بإقراره لم يلزمه (٢) الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال) عند محمد رحمه الله تعالى (أو تعليق) عند أبي يوسف رحمه الله تعالى قاله الأترازي رحمه الله تعالى ثم قال بيانه فيما قال في كتاب الطلاق عن الفتاوى الصغرى و التتمة إذا قال أنت طالق إن شاء الله تعالى فهو يمين عند أبي يوسف رحمه الله تعالى حتى لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق

---

(١) لا يلزمه. ن. لم يلزمه. (٢) لم يلزمه الاقرار و هو الصحيح عند الشوافع كما فى شرح الوجيز ص ٣٣٥ ج ٥ و عند الحنابلة لزمه الاقرار نص عليه احمد رحمه الله تعالى كما فى الشرح الكبير للمقدسى الحنبلي ص ٢٩٥ ج ٥.

فإن كان الأول فقد بطل و إن كان الثاني فكذلك إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما إذا قال لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقاً حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالاً

ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث و عند محمد رحمه الله تعالى لا يكون يميناً حتى لا يحنث به عنده فإن قلت قال (١) الأكملُ وغيره الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى أو تعليق كما هو مذهب محمد رحمه الله تعالى و هذا مخالف لما قاله الأترازيّ قلت لا مخالفة لأن الكاكيّ لما قال قال محمد رحمه الله تعالى إبطال و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعليق قال وقيل الاختلاف على العكس ثم قال الأكملُ و ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله تعالى أنت طالق عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق لأنه إبطال و عند محمد رحمه الله تعالى يقع لأنه تعليق فإذا قدم الشرط و لم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق و بقي الطلاق من غير شرط فوقع و كيفما كان لم يلزمه الإقرار كما بينه المصنفُ بقوله (فإن كان الاول) و هو الابطال (فقد بطل و إن كان الثاني) و هو التعليق (فكذلك) أي بطل (إما لأن الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لأن الإقرار إخبار عما سبق و التعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل و بينهما منافاة (أو لانه) أى لأن مشيئة الله تعالى (شرط لا يوقف عليه) و التعليق بمثله يكون اعداما من الأصل فيصير بمنزلة الابطال (كما ذكرنا في الطلاق) أي فصل الاستثناء من كتاب الطلاق (بخلاف ما إذا قال لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة) و ذلك من حيث العرف لأن الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لأن الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجئ رأس الشهر و الفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تأجيلا لا تعليقا) فيلزمه الاقرار (حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالاً) و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب المال مؤجلا و في شرح الكافي لو قال لفلان علي الف درهم إن شاء فلان فقال فلان شئت فهذا الإقرار باطل لأنه علق و ما نجز و اللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق و كذلك كل إقرار علق بخطر أو شرط نحو قوله إن دخلت الدار أو إن مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله أو إن أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بولد أو إن أصبت مالاً أو إن كان كذلك أو إن كان حقاً لأنه تعليق الإقرار بالشرط فلا يكون إقراراً للحال

---

(١) قال الاكملُ في العناية ص ٣٣٣ ج ٧.

قال و من أقر بدار و استثنى بناء ها لنفسه فللمقر له الدار و البناء لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً و الإستثناء تصرف في الملفوظ و الفص في الخاتم و النخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها لأنه داخل فيه لفظاً و لوقال بناء هذه الدار لي و العرصة لفلان فهو كما قال لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء

و لا يمكن جعله إقراراً عند وجود الشرط لأنه ليس بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر بدار) بأن قال هذه الدار لفلان (و استثنى بناء ها لنفسه فللمقر له الدار و البناء لأن البناء داخل في هذا الاقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى مقصودا باللفظ يعني إسم الدار لا يتناول البناء مقصوداً لأن البناء وصف فيه و الوصف يدخل تبعاً لا قصداً (و الاستثناء تصرف في اللفظ) بجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء فإن قلت يشكل بما إذا قال لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة فإن الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظاً حتى صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء و لا كذلك الدار فإنها ليست باسم للعرصة و البناء حتى يكون ذكر الدار ذكراً للبناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة و البناء صفة له و الوصف يدخل تبعاً لا قصداً فلا يصح استثناء الوصف فافترقا (و الفص في الخاتم و النخلة (١) في البستان نظير البناء في الدار) يعني كما لا يصح استثناء البناء فى الاقرار بالدار لا يصح استثناء الفص فى الاقرار بالخاتم و استثناء النخلة فى الاقرار له بالستان (لأنه يدخل فيه) أي يدخل فى الصدر (تبعاً لا لفظاً بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها) بأن قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها (أو إلا بيتاً منها) أي أو قال هذه الدار لفلان إلا بيتاً منها (لأنه) أي لأن كل واحد من الثلث و البيت (داخل فيه) أى فى الصدر هو الدار (لفظاً) و مقصوداً حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن (و لو قال بناء هذه الدار لي و العرصة لفلان فهو كما قال) يعني يكون البناء للمقر و العرصة لفلان (لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الأرض لفلان دون البناء) و البناء

---

(١) و النخلة فى البستان إلا أن يستثنيها بأصولها لأن أصولها دخلت فى الاقرار قصداً لا تبعاً و فى الخانية بعد ذكر الفص و النخلة و حلية السيف قال لا يصح الاستثناء و إن كان موصولا إلا أن يقيم المدعى البينة على ما ادعاه لكن فى الذخيرة لو أقر بأرض أو دار لرجل دخل البناء و الأشجار حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء و الأشجار له لم تقبل بينته اه إلا أن يحمل على كونه مفصولا لا موصولا كما أشار لذلك فى الخانية سائحانى كذا فى الشامية.

بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً حيث يكون البناء للمقر له لأن الإقرار بالارض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار و لو قال له عليّ ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه و لم أقبضه فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد و خذ الالف

لا يتبعها (بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً) يعني قال بناء هذه الدار لي و الأرض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الأرض خلافاً للأئمة الثلاثة رحمه الله تعالى (لأن الإقرار بالأرض إقرارا بالبناء) بناء على أن الارض أصل و البناء تبع و الاقرار بالأصل إقرار بالتبع (كالإقرار بالدار) حيث تكون الأرض و البناء للمقرله و إن استثنى البناء لنفسه (١) (و لو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه و لم أقبضه فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد و خذ الالف

(١)لنفسه و فى النتائج فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان و الأرض للآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للأول و الأرض للثانى و لم يقل هناك الاقرار بالأرض إقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان أول كلامه فيما أوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب أن آخر كلامه اقرار بالارض و البناء لكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثانى الارض خاصة و أما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض والبناء و هما جميعا ملكه فصح اقراره بهما للمقرله و ذلك لأن أول كلامه و هو قوله بناء هذه الدار لى غير معتبر لأنه قد كان له قبل أن يذكره فبقى قوله و أرضها لفلان و الاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له فى التبع توضيح الفرق أن البناء فى تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من أن يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثانى بعد ذلك لا يتعدى الى البناء و فى مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له فى البناء تبعا كذا فى المبسوط اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل و تخريجها على أصلين أحدهما أن الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثانى أن اقرار الانسان حجة على نفسه و ليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لى و أرضها لفلان كانت الارض و البناء لفلان لأن بقوله البناء لى ادعى البناء و بقوله الارض لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض و الاقرار بعد الدعوى صحيح و اذا قال أرضها لى و بناؤها لفلان فهو على ما أقر لأن بقوله أرضها لى ادعى البناء لنفسه تبعا و بقوله و البناء لفلان أقر بالبناء لفلان و الاقرار بعد الدعوى صحيح و يؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه و اذا قال أرض هذه الدار لفلان و بناؤها لى فالارض و البناء للمقرله لأن بقوله أرضها لفلان أقر لفلان بالبناء تبعا و بقوله و بناؤها لى ادعى ابناء لنفسه و الدعوى بعد الاقرار لا تصح و إذا قال أرض هذه الدار لفلان و بناؤها لفلان آخر فالارض و البناء للمقر له الاول لأن بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض و بقوله و بناؤها لفلان آخر كان مقرا على الاول و الاقرار على الغير لا يصح و اذا قال بناء هذه الدار لفلان و أرضها لفلان آخر فهو كما قال لأن بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له و بقوله و أرضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثانى و الاقرار على الغير باطل كذا فى الذخيرة

و إلا فلا شيء لك قال هذا (١) على وجوه أحدها هذا و هو ان يصدقه و يسلم العبد و جوابه ما ذكرنا لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة و الثاني ان يقول المقرله العبد عبدك ما بعتكه و إنما بعتك عبداً غير هذا و فيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له و قد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود و الثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتك و حكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه و لو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي تسليم من عينه و الآخر ينكر و المقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره و الآخر ينكر فإذا تحالفا بطل المال

و إلا فلا شيء لك) إلى هنا لفظ القدوري رحمه الله تعالى (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (و هذا) أي المذكور (على وجوه أحدها هذا) أي الذي ذكره القدوري (و هو أن يصدقه) أي يصدق المقرله المقر (و يسلم العبد و جوابه) أي جواب هذا الوجه (ما ذكرنا) و هو أن يقال للمقر له إن شئت فسلم العبد و خذ الالف و إلا فلا شيء لك (لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) فلو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بألف و العبد في يده كان عليه ألف درهم كذا ههنا (و الثاني) أي الوجه الثاني (أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه و انما بعتك عبداً غير هذا و فيه) أى فى هذا الوجه (المال لازم على المقر لإقراره به) أى بالمال (عند سلامة العبد له و قد سلم) أى و قد سلم العبد له حين اعترف المقر له بأنه ملكه (فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك علي ألف غصبته منك و قال لا بل استقرضت مني و لا تفاوت في هذا الوجه بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له و قال الكاكي لأن الاسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد إتفاقهما على وجوب أصل المال (و الثالث) أي الوجه الثالث (أن يقول) أى المقر له (العبد عبدي ما بعتك و حكمه) أى حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه) أى فلا يلزم المال المقردون العبد لأنه إذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله و في هذا أيضاً لا تفاوت بين كون العبد فى يد المقر أو المقر له لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه (و لو قال مع ذلك) أي و لو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به (إنما بعتك غيره يتحالفان) لأن كل واحد منهما مدع و منكر أشار إليه بقوله (لان المقر يدعي تسليم من عينه و الآخر ينكر و المقر له يدعي عليه) أى على المقر (الالف ببيع غيره) أى غير من عينه (و الآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال) يعني بطل المال من المقر و العبد سالم لمن هو

---

(١)هذا. ن. وهذا.

و هذا إذا ذكر عبداً بعينه و إن قال من ثمن عبد و لم يعينه لزمه الالف و لا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة علي و إنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لأن الجهالة مقارنة كانت او طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن و إذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح و إن كان موصولا و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن وصل صدق و لم يلزمه شيء و إن فصل لم يصدق إذا انكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد و إن اقر انه باعه متاعاً فالقول قول المقر و وجه ذلك أنه

في يده (و هذا) أى المذكور (إذا ذكر) أى المقر (عبداً بعينه و إن قال من ثمن عبد) أى ان قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه و لم أقبضه (و لم يعينه) أى لم يعين المقر العبد المشترى (لزمه الالف و لا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصل أم فصل) أى سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشترى بكلامه السابق أو فصل عنه (لأنه) أى لأن قوله ما قبضت (رجوع) عما أقر به (فانه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة علي و إنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً) أى بالكلية لأن ثمن عبد غير معين لا يكون واجبا على المشترى إلا بعد القبض لأن ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك إذ لا طريق للوصول إليه فانه ما من عبد يحضره إلا و للمشترى أن يقول المبيع غير هذا و تسليم الثمن لا يجب إلا بعد إحضار المعقود عليه فعرفنا انه في حكم المستهلك و ثمن المستهلك غير واجب إلا أن يكون مقبوضاً فيكون الإقرار بوجوب ثمنه إقراراً بقبضه و إذا أقر بالقبض يكون قوله لم أقبضه رجوعاً بعد الإقرار (لأن الجهالة) أى جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهالة حالة العقد (أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن و إذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح و إن كان موصولاً) بيانه أن أول كلامه إقرار يوجب الثمن و آخره يوجب سقوطه و ذلك رجوع فلا يصح و إن كان موصولاً (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إن وصل صدق و لم يلزمه شئ) و به قالت الائمة الثلاثة (و إن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد و إن أقر) أى المقر له (أنه) أى أن المقر له (باعه) أى با ع المقر (متاعاً فالقول قول المقر و وجه ذلك) أى وجه كون القول للمقر (أنه) أى ان المقر

اقر بوجوب المال عليه و بين سبباً و هو البيع فإن وافقه الطالب في السبب و به لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض و المقر ينكره فيكون القول قوله (١) و إن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لأن صدر كلامه للوجوب مطلقاً و آخره يحتمل انتفاء ه على اعتبار عدم القبض و المغير يصح موصولا لا مفصولا ولوقال ابتعت منه عيناً (٢) الا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن قال و كذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير و معنى المسألة إذا قال لفلان على الف درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف و لم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وصل ام فصل لأنه رجوع لأن ثمن الخمر و الخنزير لا يكون واجباً و أول كلامه

(أقر بوجوب المال عليه و بين سبباً) يعني أن قوله لفلان علي ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه و قوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب (و هو البيع فان وافقه الطالب) و هو المقر له (في السبب) وهو البيع (و به) أى و بمجرد وجود السبب وهو البيع (لا يتأكد الوجوب) أى لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى (إلا بالقبض) لأن وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل لأنه عسى يهلك المبيع فى يد البائع فيسقط الثمن عن المشترى و انما يتأكد بالقبض و المدعي الذي هو المقر له يدعي قبض الثمن (و المقر ينكره فيكون القول له) أى للمنكر (و إن كذبه) أى كذب الطالب المقر (في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لأن صدر كلامه) و هو قوله له على ألف درهم (للوجوب مطلقا) رجوعا عن كلمة على (و آخره) أي آخر كلامه (يحتمل انتفاؤه) أى انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغير المقتضى أول كلامه (و المغير يصح موصولاً لا مفصولاً) كالاستثناء (و لو قال ابتعت منه بيعا) أى مبيعاً (إلا أني لم أقبضه فالقول قوله) أى قول المقر (بالإجماع) و به قالت الائمة الثلاثة (لانه ليس من ضرورة البيع القبض) فان الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال (بخلاف الإقرار بوجوب الثمن) فان من ضرورته القبض (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و كذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) قال المصنف (و معنى المسألة) أي المسألة التى ذكرها القدوري (إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف و لم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصل أم فصل لأنه) أى لأن تفسيره (رجوع) أى عن اقراره (لان ثمن الخمر و الخنزير لا يكون واجباً) أى علي المسلم (و أول كلامه) و هو

(١) قوله. ن. له. (٢) عينا. ن. بيعا.

للوجوب و قالا إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الإيجاب و صار كما إذا قال في آخره إن شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق و هذا إبطال ولو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضتني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة

قوله علي ألف (للوجوب) فيكون رجوعاً عن الإقرار فلا يصدق و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح و أحمد رحمه الله تعالى و لم يذكر القدوري في مختصره الخلاف و إنما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف عنه (و قالا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (إذا وصل لا يلزمه شيء) و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و اسحاق و اختاره المزني (لانه) أي لأن المقر (بين بآخر كلامه انه ما أراد به) أى بأول كلامه (الإيجاب) و قال الاسبيجابي هما مرا على أصلهما لأن هذا بيان مغير و لكن هذا فيما إذا كذبه الطالب و أما إذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شئ في قولهم جميعاً لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة و كذا الحكم فيما إذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم و في الاجناس رواية هشام لو قال لفلان عليه ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير و هما مسلمان و قال الطالب بل هو من ثمن ربا فالمال لازم للمطلوب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى مع يمين الطالب و قالا القول قول المطلوب مع يمينه و لا شيء عليه ألا ترى أنه لو قال علي درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلاً ثم قال في الاجناس ذكر في نوادر أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية ابن سماعة لو قال لفلان علي ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في الذخيرة لو قال له علي ألف درهم حرام أو ربا يلزمه الألف لأن الحرام عنده لعله يكون خلالاً عند غيره و لعل الربا عنده ليس بربا عند غيره و لو قال له علي ألف درهم زورا أو باطلا إن صدقه فلان فلا شئ عليه و إن كذبه فعليه الألف (فصار) أي حكم هذا (كما إذا قال في آخره) أى آخر كلامه (إن شاء الله تعالى) يعني إن وصل يصدق و إن فصل لايصدق فلذا (قلنا) هذا جواب عن قياسهما على مسألة الاستثناء بالمشيئة و تقريره أن يقال (و ذلك) أى قوله ان شاء الله تعالى (تعليق) بالشرط و التعليق بالشرط من باب التغيير فيصح موصولاً (و هذا) أي الذي نحن فيه (إبطال) و الإبطال رجوع فلا يصح (و لو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضتني ألف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف و هو الذي يقبله التجار و يرده بيت المال (أو نبهرجة) هي دون الزيوف لأن التجار ترده

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في شرح الوجيز ص ٣٣٢ ج٥ و المغني ص ٢٨٧ ج٥.

و قال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إن قال موصولاً يصدق و إن قال مفصولاً لا يصدق و على هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص و على هذا إذا قال إلا أنها زيوف و على هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط و الاستثناء و هذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته و الستوقة بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا

(و قال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) وصل أم فصل (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إن قال موصولاً يصدق و إن قال مفصولاً لم يصدق) و به قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (و على هذا الخلاف إذا قال (هي) أى الألف (ستوقة) و هي أردأ من النبهرجة (أو رصاص) أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصل أم فصل و عندهما يصدق ان وصل و في جامع قاضي خان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان في رواية مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في رواية مع محمد رحمه الله تعالى (و على هذا) أى على هذا الخلاف (إذا قال إلا أنها زيوف و على هذا) أى على هذا الخلاف (إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف) بالجر (٢) و تجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى "سبع بقرات سمان" (من ثمن متاع) هذا تتمة كلام المقر (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط) و هو التعليق (و الاستثناء) فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (و هذا) توضيح لما قبله (لأن إسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته) فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف و السلم و لا يصير استبدالاً (و الستوقة بمجازه) أى و يحتمل الستوقة بمجازه لأن الستوقة تسمى دراهم مجازاً و النقل من الحقيقة إلى المجاز بيان تغيير فيصح موصولاً و مفصولاً (إلا أن مطلقه) أى مطلق إسم الدراهم (ينصرف إلى الجياد) لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة (فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه) أي من الوجه المذكور فلذلك شرط له الوصل (وصار) أي حكم هذا (كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة) أو ستة و نقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً و لم يصدق إن كان مفصولاً (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا) أى

(١) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى كذا في المغنى لابن قدامة الحنبلي ص ٢٩١ ج٥. (٢) بالجر الخ أقول فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل.

رجوع لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب و الزيافة عيب و دعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيباً و قال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا و الستوقة ليست من الأثمان و البيع يرد على الثمن فكان رجوعاً و قوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية لأن الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها

ما قاله المقر آخر (رجوع) عما أقر به أولاً و دعوى أمر عارض فلا يقبل و إن وصل و ذلك (لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب و الزيافة عيب و دعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) أي موجب العقد لأنه إبطال بعض ما هو مستحق بالعقد فلا يصدق و إن وصل (وصار) أي حكم هذا (كما إذا قال بعتكه معيباً و قال المشتري بعتنيه سليماً فالقول للمشتري لما بينا) أشار به إلى قوله أن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب (و الستوقة ليست من الأثمان) أي ليست من جنس الأثمان (و البيع يرد على الثمن فكان) أي فكان دعواه على تأويل الإدعاء يعني دعواه الستوقة (رجوعاً) عن الإقرار فلا يصح (وقوله إلا إنها وزن خمسة يصح إستثناء) هذا جواب عما استشهدا به تقريره أن ذلك ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء (لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن (١) استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار) لأنه لا يجوز توضيحه أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف لأن الصفة مما لا يتناوله اسم الدراهم حتى يستثني و إنما يثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف و العادة (بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية لأن الرداءة نوع لا عيب) لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة و الحنطة قد تكون ردية فى أصل الخلقة فكانت الرديئة نوعا منها (فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها) أي عن الرداءة و لهذا الا يصح شراء الحنطة ما لم يبين انها جيدة أو وسط أو ردية فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فيصح وصل أم فصل اذ مطلق العقد لا يقتضي نوعاً دون نوع فلا يستحق

---

(١) لأن استثناء الوصف الخ قال فى النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى و الزيافة من حيث المعنى عين لا وصف فان قوله لفلان على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف صار بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع و هذا فى معناه فينبغى أن يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة إلا أنها رديئة إلى هذا أشار فى الاسرار و الفوائد الظهيرية كذا في نتائج الافكار.

وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول انه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض و قد يكون زيفاً كما في الغصب و وجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها و لو قال لفلان علي ألف درهم زيوف و لم يذكر البيع و القرض قيل يصدق بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها و قيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم و لو قال اغتصبت منه ألفاً او قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد و يودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد و لا تعامل

نوع بمطلق العقد بخلاف الزيادة فانها عيب و مطلق العقد يقتضي السلامة عنها (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول) المراد بالأصول الجامعان و الزيادات و المبسوط و يعبر عنها بظاهر الرواية و عن الأمالي و النوادر والرقيات و الهارونيات و الكيسانيات بغير ظاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) بأن قال لفلان علي ألف درهم قرض هي زيوف أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدقه باتفاق الروايات (لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض و قد يكون) أى المقبوض فى القرض (زيفاً) و القرض يقضي بالمثل (كما في الغصب) فانه قد يكون المغصوب زيفاً فيقضى بالمثل و الجامع بينهما أن كلا منهما يوجب الضمان بالقبض (و وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن التعامل) يكون بين الناس (بالجياد فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض (إليها) أي الى الجياد فيجب عليه ذلك ثم دعواه الزيافة لا تقبل لأنه رجوع عما أقر به (و لو قال لفلان على ألف درهم زيوف و لم يذكر البيع و القرض قيل يصدق بالإجماع) يعنى إذا وصل (لأن إسم الدراهم يتناولها) أي الزيوف (و قيل لا يصدق) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وصل أم فصل (لأن مطلق الإقرار) بالدين (ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم) وهو الغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة (و لو قال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد و يودع ما يملك فلا متضى له في الجياد) لأن المقتضى هو عقد المعاوضة (و لا تعامل) أى في غصب الجياد و لا في إيداع الجياد بخلاف الاستقراض فإن المتعامل فيه بالجياد كذا قاله تاج الشريعة و قال شيخى العلاء و هذا إشارة إلى الجواب عن فصل القرض بإن في القرض إن لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل و الناس إنما يتعاملون بالحياد فينصرف إلى الجياد و لم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف

فيكون بيان النوع فيصح و إن فصل و لهذا لو جآء راد المغصوب و الوديعة بالمعيب كان القول قوله و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه لا يصدق فيه مفصولا اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان و لوقال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب و الوديعة و وصل صدق و إن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الإسم يتناولها مجازاً فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل و إن قال في هذا كله ألفاً ثم قال إلا انه ينقص كذا لم يصدق و إن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار و الاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لأنها وصف و استثناء الأوصاف لا يصح و اللفظ يتناول المقدار دون الوصف و هو تصرف لفظي كما بينا و لو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه

إلى الجياد (فيكون) أي قول المقر (بيان النوع فيصح و إن فصل) و قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى إذا فصل لم يصدق وهورواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الغصب (و لهذا) أى و لاجل أن لا مقتضى له في الجياد و لا تعامل (لو جاء راد المغصوب و الوديعة بالمعيب كان القول قوله) أى قول الراد فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضميناً كان أو أميناً (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يصدق فيه) أي في الغصب (مفصولا) أى إذا ادعى الزيافة مفصولا (اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما) أى في الغصب و القرض (هو الموجب للضمان) و جوابه يعلم مما تقدم (و لو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة و وصل صدق و إن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم) حقيقة (لكن الإسم) أى اسم الدراهم (يتناولها) أي الستوقة (مجازاً) لمشابهة بين الستوقة و الدراهم من حيث الصورة (فكان بياناً مغيراً) أى فكان مغيراً لما اقتضاه أول كلامه لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة و حقيقة و بآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة (فلا بد من الوصل) لأن بيان التغيير يصح موصولاً لا مفصولاً (و إن قال في هذا كله) أى فيما ذكر من البيع و القرض و الغصب و الايداع (ألفا ثم قال إلا انه ينقص كذا لم يصدق و إن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار) أى استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (و الاستثناء يصح موصولاً) لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيافة لانها وصف و استثناء الأوصاف لا يصح و اللفظ يتناول المقدار دون الوصف و هو) أى الاستثناء (تصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصح في متناول اللفظ دون غيره (و لو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه) أى بسبب انقطاع نفسه

(١) قال الشافعي واحمد رحمهما الله تعالى كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٢٩٢ ج ٥.

فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه و من أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لأن الغصب لا يختص بالسليم و من قال لآخر اخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن و إن قال اعطيتها (١) وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن و الفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان و هو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه و هو الإذن و الآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين و في الثاني أضاف الفعل إلى غيره و ذلك يدعي عليه سبب الضمان و هو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين و القبض في هذا كالأخذ

(فهو واصل) يعني يصح الاستثناء اذا كان الفصل للضرورة المذكورة (لعدم إمكان الإحتراز عنه) لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء و لا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفواً و عليه الفتوى و به قالت (٢) الائمة الثلاثة (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و من أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لأن الغصب لا يختص بالسليم) سواء وصل أم فصل (و من قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أى المقر له (لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن) أى المقر ضامن و القول للمقرله مع يمينه (و إن قال أعطيتها وديعة فقال) أى المقر له (لا بل غصبتها لم يضمن و الفرق) بين المسألتين (أن في الفصل الأول) و هو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان و هو الأخذ) لقوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد و هذا يتناول رد العين حال بقائها و رد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل (ثم ادعى ما يبرئه) من الإبراء (و هو الإذن) بالأخذ (و الآخر) و هو المقرله (ينكره) أى ينكر الإذن (فيكون القول له مع اليمين (٣) و في الثاني) أى و في الفصل الثانى و هو قوله أعطيتنيها وديعة (أضاف الفعل إلى غيره) و هو المقر له (و ذلك) أى ذلك الغير و هو المقر له (يدعي عليه) أى على المقر (سبب الضمان و هو الغصب) و المقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين و القبض في هذا كالأخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة

(١) أعطيتها. ن. أعطيتنيها. (٢) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى كذا فى النتائج معزيا إلى معراج الدراية.

(٣) مع اليمين أقول فيه بحث لأنه ان أراد أن الأخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الأخذ إذا كان باذن المالك كأخذ الوديعة باذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله ﷺ ليس على المستعير غير المغل ضمان و لا على المستودع غير المغل ضمان كما استدل فى كتاب الوديعة على أن الوديعة أمانة فى يد المودع إذا هلكت لم يضمن فيكون ما أخذته اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد و إن أراد أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم و لكن لا نسلم أن فى الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الاذن بل أقر بالأخذ المقيد بكونه وديعة و هو الأخذ بالاذن فتأمل فى الجواب كذا فى النتائج.

و الدفع كالإعطاء فإن قال قائل الإعطاء و الدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية و الوضع بين يديه و لو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان و هذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة و قال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر و إن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان و هو القرض و الآخر ينكره فافترقا فإن (١) قال هذه الألف كانت

فقال المقر له بل غصبتها كان ضامناً كما إذا قال أخذتها وديعة (و الدفع كالإعطاء) يعني لا يضمن المقر إذا قال دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتها كما لو قال أعطيتنيها (فإن قال قائل الإعطاء و الدفع إليه) أى إلى المقر (لا يكون إلا بقبضه) فكان الاقرار بالاعطاء و الدفع إقرار بالقبض و إذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقر بالاعطاء و الدفع أيضا (فنقول قد يكون) كل واحد من الاعطاء و الدفع (بالتخلية و الوضع بين يديه) و هو الجواب بطريق المنع ثم قال بطريق التسليم (و لو اقتضى) أى الاعطاء أو الدفع (ذلك) أى القبض (فالمقتضى ثابت ضرورة) و الثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهرفي انعقاده سبب الضمان) لعدم الحاجة إليه (و هذا) أى الذى قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً (بخلاف ما إذا قال) أى المقر (أخذتها منك وديعة و قال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر و إن أقر بالاخذ لأنهما) أى المقر و المقر له (توافقا هناك) أى في القرض (على أن الاخذ كان بالإذن) لأن الوديعة و كذا القرض لا يكون بدون الاذن (إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان و هو القرض و الآخر) و هو المقر (ينكره) فالقول للمنكر (فافترقا) أي فافترق ما إذا قال المقرله أخذتها غصبا و ما إذا قال أخذتها قرضا (٢) (فإن قال هذه الألف كانت

(١)فان. ن. و إن. (٢)قرضا أقول ههنا نظر لأن الذى يدعيه المقر إنما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به فى المسألة الأولى و ليس ذلك هو الاذن المطلق فان كثيرا مما يحصل بالاذن كالبيع و القرض و نظائرهما أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة و لا شك أن المقرله لا يوافقه على الأخذ بهذا الاذن المخصوص و إلا لما ادعى عليه بسبب الضمان و هو القرض و أما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدى نفعا فى الفرق لأن ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان و هو الاذن المخصوص الحاصل فى ضمن الوديعة و انكار المقر له إياه بقوله لا باقيان بعينهما فيما إذا قال المقرله بل أخذتها قرضا غاية الأمر أن المقرله أيضا يدعى سبب الضمان و هو القرض و المقر ينكره و إذا تعارض دعواهما و انكارهما بقى إقرار المقر أولاً بسبب الضمان و هو الأخذ سالما عن الدافع كما فيما إذا قال المقرله بل أخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا يوجب اختلاف الحكم تأمل جدا كذا فى النتائج.

وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له و ادعى استحقاقها عليه و هو ينكر فالقول للمنكر و لو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها و ردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه و رده و قال فلان كذبت و هما لي فالقول قوله و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب و هو القياس و على هذا الخلاف الإعارة و الإسكان و لو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته و قال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان و هو الفرق أن اليد في الإجارة و الاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه و هو المنافع فيكون (١) عدماً فيما وراء

وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي فإنه) أى فإن فلانا (يأخذها لأنه) أي لأن المقر (أقر باليد له) أى لفلان (و ادعى استحقاقها عليه) أى ادعى استحقاق الألف على فلان (و هو ينكر فالقول للمنكر) مع يمينه (و لو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها و ردها) عليّ (أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه و رده) على (و قال فلان كذبت و هما لي فالقول قوله) أى قول المقر (و هذا) أى كون القول قول المقر (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب و هو القياس) و به قالت الأئمة الثلاثة و في المبسوط و الإيضاح و هذا كله إذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر أما إذا كان معروفاً له فالقول قوله بالإجماع (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (الإعارة و الإسكان) بأن قال أعرتك داري هذه ثم رددتها عليّ أو اسكنتك داري هذه ثم رددتها عليّ و قال الآخر الدار داري (و لو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته و قال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح) احترز به عن قول بعضهم ان القول فى هذا قول المقر بالإجماع فيكون ذلك دليلا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و لكن ذلك ليس بثابت فى الأصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القياس ما بيناه في الوديعة) أراد به قوله لأنه أقر باليد له و ادعى استحقاقها عليه و هو ينكر و القول للمنكر (وجه الاستحسان و هو الفرق) بين مسئلة الوديعة و بين هذه المسائل (أن اليد في الإجارة و الإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه و هو المنافع فيكون عدماً) أي فتكون اليد معدومة (فيما وراء

---

(١)فيكون. ن. فتكون.

الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة و الايداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع و وجه آخر أن في الاجارة و الاعارة و الاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته و لا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة و قد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف و ليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة و عدمه في الطرف الآخر و هو الإجارة و اختاها

الضرورة (١) فلا يكون) أى الاقرار بالاجارة و الاعارة (إقرارا له) أي للمقرله (باليد مطلقاً) أى من كل وجه (٢) (بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة (٣) و الإيداع اثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به) أى بالايداع (اعترافاً باليد للمودع (٤) و وجه آخر) للاستحسان و هو الفرق (أن في الإجارة و الإعارة و الاسكان أقر بيد ثابتة من جهته) أى من جهة المقر (فيكون القول قوله في كيفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بأى طريق كان كما لو كان فى يده عبد و قال هذا عبدي بعته من فلان و لم أسلمه اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدى لم اشتره منك كان القول قول المقر و كما لو قال ملكت عبدى هذا فلانا بألف درهم إلا انى لم أقبض الثمن فلى حق الحبس كان القول له و إن زعم الآخر خلافه (و لا كذلك في مسألة الوديعة لأنه) أى لأن المقر (قال فيها كانت وديعة و قد تكون) أى الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط و إن لم يدفع اليه صاحبها و كذا الثوب إذا هبت الريح فالقته فى دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار و ان لم يدفعه إليه صاحبه (حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف) المذكور (و ليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة و عدمه) أى عدم ذكر الأخذ (فى الطرف الآخر و هو الإجارة و اختاها) أى الإعارة و الاسكان و إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة على تأويل العقد احترز بهذا عن قول الإمام على القمىّ فانه قال إنما وجب الرد في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها

---

(١)فيما وراء الضرورة فلا تظهر فى حق الاستحقاق على المقر لأن ما يثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة.
(٢)من كل وجه بل يكون إقرارا له باليد لأجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه. (٣)مقصودة فان المقصود منها هو الحفظ و الحفظ لا يكون بدون اليد. (٤)للمودع أقول لقائل أن يقول إن أريد أن الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا أى من كل وجه كما صرح به فى الكافى حيث قال فكان الاقرار بالوديعة إقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع إذ الايداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار بالايداع إقرارا باليد مطلقا للمودع و إن أريد أن الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم و لكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى كذا فى النتائج.

لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر و هو الاجارة في كتاب الاقرار أيضاً و هذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه و أنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها و ذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة و الآخر ينكره أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة و ما أشبهها فافترقا و لو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم و ذلك كله في يد المقر فادعاها فلان و قال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت

أخذتها منه فيجب جزاء ه و انه في مسألة الوديعة جزاء الأخذ الرد و هنا قال فردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع و قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء (لأنه) أي لأن محمداً رحمه الله تعالى (ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر و هو الاجارة في كتاب الإقرار ايضاً) فعلم أنه ليس مدار الفرق عليه و أما علي القمي فهو علي بن موسى تلميذ محمد بن شجاع البلخي و هو تلميذ الحسن بن زياد و هو تلميذ أبي حنيفة رحمه الله تعالى و نسبته إلى قم بضم القاف و تشديد الميم و هي بلدة معروفة بالعراق (و هذا) أي الذي ذكر في الإجارة و اختيها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو اقرضته الفاً ثم أخذتها منه و أنكر المقر له حيث يكون القول قوله) أي قول المقر له مع يمينه (لأن الديون تقضى بأمثالها و ذلك) أى قضاء الديون بأمثالها (إنما يكون بقبض المضمون) أى بقبض مال مضمون يصير ديناً على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون (فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة و الآخر ينكره) فكان القول للمنكر (أما ها هنا) يعني في صورة الاجارة و اختيها (المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة و ما أشبهها) و هو الاعارة و الاسكان (فافترقا) أي الحكمان حكم الاقرار باقتضاء الدين و حكم الاجارة توضيحه أن الدين يقضي بالمثل فاذا أقر باقتضاء الدين كان مقرا بأخذ مثل حقه و المثل ملك المقر له فى الأصل فيكون مقراً به له فيرد على المقر له و أما في صورة الاجارة فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الأشياء فلا يكون مقراً بالملك للمقر له (و لو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم و ذلك كله) أي و الحال ان ذلك كله (في يد المقر فادعاها فلان) انها له (و قال المقر لا بل ذلك كله لى استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت) أي

أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد و إنما أقر بمجرد فعل منه و قد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم و لم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد و يكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه و قد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا

باب إقرار المريض

و إذا أقر الرجل في مرض موته بديون و عليه ديون في صحته و ديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة

هذه الأشياء (أو فعلته بأجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنفؒ تفريعا و قال في تعليلها (لأنه) أي لأن المقر (ما أقر له) أي لفلان (باليد و انما أقر بمجرد فعل منه) أي من فلان و ذا لا يدل على اليد لأن العمل قد يكون من المعين و الأجير و احترز بمجرد الفعل عما لو أقر أن فلاناً ساكن في هذا البيت و ادعى فلان البيت فانه يقظى به للساكن على المقر لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن و إقراره باليد للغير حجة عليه و ما ثبت بإقراره كالمعاين في حقه كذا في المبسوط (و قد يكون ذلك) أي الفعل من الغير (في ملك في يد المقر) فإنه لا يؤمر بالرد عليه لأنه لم يقر بالقبض منه بعدما أقر بهذه الاشياء (وصار) أي حكم هذا (كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم و لم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد و يكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه) أى من الخياط و ذا لا يدل على اليد (و قد يخيط) أى الخياط (ثوباً في يد المقر) بأن خاطه في بيت المقر فلا يثبت يد الخياط عليه (كذا هذا) أي كذا حكم المسائل المذكورة في عدم لزوم الرد على المقر و الله أعلم.

(باب اقرار المريض)

أي هذا باب في بيان حكم إقرار المريض (١) و إنما أفرده بباب على حدة لا ختصاصه بأحكام ليست للصحيح و أخره لأن المرض بعد الصحة (قال) أي القدوريؒ (و إذا أقر الرجل في مرض موته بديون) غير معلومة الاسباب (و عليه ديون في صحته و ديون لزمته في مرضه) أى مرض موته (بأسباب معلومة) مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها و علم معاينة

---

(١)المريض و فى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت و هو الأصح اه و فى الاسماعيلية من به بعض مرض يشتكى منه و فى كثير من الأوقات يخرج إلى السوق و يقضى مصالحه لا يكون مريضا مرض الموت و تعتبر تبرعاته من كل ماله و إذا باع لوارثه أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقى الورثة كذا فى الشامية.

فدين الصحة و الدين المعروف الأسباب مقدم و قال الشافعي رحمه الله تعالى دين المرض و دين الصحة يستويان لاستواء سببهما و هو الاقرار الصادر عن عقل و دين و محل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة و مناكحة و لنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير و في إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء و لهذا منع من التبرع و المحاباة إلا بقدر الثلث

(فدين الصحة و الدين المعروف الاسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه و قال (١) القاضي الحنبلي قياس مذهب أحمد رحمه الله تعالى أن دين الصحة اولى إذا ضاق ماله عن قضاء دين الصحة و دين مرض الموت و به قال النخعي و الثوري رحمهما الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (و دين الصحة يستويان لاستواء سببهما و هو الاقرار الصادر عن (٢) عقل و دين و محل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) و هي في الحالين سواء (فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة) أى صار إقراره في المرض كانشائه التصرف بالبيع و النكاح فى حالة المرض و ذلك مساو لتصرفه فى حالة الصحة فكذا ههنا و به قال (٣) مالك رحمه الله تعالى و الخرقى و التميمى من أصاب أحمد و أبو ثور و أبوعبيد رحمهم الله تعالى و ذكر ابو عبيد أنه قول اكثر أهل المدينة (و لنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه) أى في الاقرار (ابطال حق الغير) كما لو رهن أو آجر ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ إقراره في حق المرتهن و المستأجر لتعلق حقهما به (و في إقرار المريض ذلك) أي إبطال حق الغير (لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء) أى من حيث الاستيفاء (و لهذا (٤) منع) أي المريض (من التبرع و المحاباة إلا بقدر الثلث) و في (٥) هذا جواب عما ادعاه الشافعي رحمه الله تعالى من الاستواء

(١)قال القاضي الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٣٤٣ ج٥. (٢)عن عقل و دين و إنما تعرض لوصفي العقل و الدين لأنهما المانعان عن الكذب فى الاخبار و الاقرار اخبار عن الواجب فى الذمة و لا تفاوت فى ذلك بين صحة المقر و مرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لأن المرض سبب التورع عن المعاصى و الانابة عما جرى فى الماضى فالاحتراز عن الكذب فى هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أوفر كذا فى الشروح. (٣)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى. (٤)و لهذا منع الخ أقول ما ذكره المصنف العلام فيما إذا كان عليه ديون و لكن لم تحط بماله و أما إذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا أى بالثلث و بما دونه نعم يمنع المريض من التبرع و المحاباة بالزيادة على الثلث و إن لم يكن عليه دين أصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف "و لهذا منع" إنما يتصور فى صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذى مسكة كذا فى النتائج. (٥)و فى هذا جواب الخ أقول يرد عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع و المحاباة بالزيادة على الثلث =>

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية و هو بمهر المثل و بخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة و في حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته

بين حالة الصحة و حالة المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع و المحاباة في حالة المرض كما لا يمنع عنهما في حالة الصحة فإن قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح و قد يتضمن إبطال حق بقية الورثة أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب و الموت جميعا فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا و هو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي رحمه الله تعالى من إنشاء النكاح و تقريره أن يقال لا يلزمنا إنشاء النكاح (لأنه من الحوائج الاصلية) لأن بقاء النفس بالتناسل و لا طريق اليه إلا بالنكاح و المرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية و إن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية و الأغذية (و هو) أى النكاح (بمهر المثل) و هذه جملة حالية تقريره ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل و أما الزيادة عليه فباطلة و النكاح جائز فإن قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز و ليس بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الأصلية أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة و العبرة لأصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها (و بخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي رحمه الله تعالى من انشاء المبايعة يعني و لا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة) و المالية باقية (و في حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال) هذا جواب عما يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حالة الصحة أيضا لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر أجاب بقوله و في حالة الصحة لم يتعلق حقهم أى حق الغرماء بالمال أى بمال المديون (لقدرته) أى لقدرة المديون

=> في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله فى تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك فى تلك الحالة و إن لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعى رحمه الله تعالى لأن ما ادعاه إستواء حالتى الصحة و المرض فى حق غرما الصحة و المرض لا فى حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنفؒ أن يقول بدل قوله المذكور و لهذا منع من التبرع و المحاباة أصلا إذا احاطت الديون بماله إذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعى رحمه الله تعالى قطعا و يصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن و كأن الامام الزيلعيؒ تنبه لقصور ما ذكره المصنفؒ ههنا فى التفريع حيث قال فى شرح الكنز بدل ذلك و لهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله إفراط كما كان فيما قاله المصنفؒ تفريط لأن منعه من التبرع و المحاباة مطلقا فى حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما إذا احاطت الديون بماله و أما فيما إذا لم تحط به فمقدر بالثلث و الظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق ما نبهنا عليه آنفا كذا فى النتائج.

على الاكتساب فيتحقق التثمير و هذه حالة العجز و حالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة و المرض لأن الأولى حالة إطلاق و هذه حالة عجز فافترقا و إنما تقدم المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له و ذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه و علم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها و هذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر

(على الاكتساب فيتحقق التثمير) أي تثمير المال و هو تكثيره و منه قولهم ثمر الله ماله أي كثره فإذا تحقق التثمير لم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله (و هذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى و لما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن إذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقرله الأول بماله كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك فأجاب عنه بقوله (و حالتا المرض) أي حالة أول المرض و حالة آخره بعد أن يتصل به الموت (حالة واحدة) في حق الحجر فكانا بمنزلة إقرار واحد كما أن حالتى الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعاً (لأنه) أي لأن المرض (حالة الحجر) عن التصرف فيما لا يجوز (بخلاف حالتي الصحة و المرض لأن الأولى) أى حالة الصحة (حالة إطلاق) للتصرف (و هذه) أي حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف و لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق (فافترقا) أي الوجهان أو الحكمان فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن إقراره فى حالة المرض و لا يمنع الاقرار فى أول المرض عن الاقرار فى آخره و هذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة و دين المرض و بقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه فقال (و إنما تقدم المعروفة الأسباب) يعنى إنما تقدم الديون اللازمة فى حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار فى حالة المرض (لأنه لا تهمة فى ثبوتها) أى فى ثبوت تلك الديون (إذ المعاين لا مرد له) يعنى أن ثبوتها بالمعاينة و الأمر المعاين لا مرد له فتقدم على المقر به فى المرض (و ذلك) أى ما ذكر من الديون المعروفة الأسباب (مثل بدل مال ملكه) كثمن المبيع و بدل القرض (أو استهلكه) أي أو بدل مال استهلكه (و علم وجوبه) أي وجوب البدل (بغير إقراره) أى بغير إقرار المريض بأن يثبت وجوب بالبينة أو بمعاينة القاضي (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) فإنه أيضاً من الديون المعروفة الأسباب (و هذا الدين) يعني الدين اللازم فى المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر

لما بينا و لو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين و غرماء الصحة و المرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه و قد علم بالبينة قال و إذا قضيت يعني الديون المتقدمة و فضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح و إنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير و كان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله تعالى عنه إذا أقر

لما بينا) إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له كذا قاله الا ترازي و قال الكاكي لما بينا إشارة إلى قوله أنه من الحوائج الأصلية (و لو أقر) أى المريض (بعين في يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) أي إقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقر به و عند الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى في رواية يصح كما في الدين (و لا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين و غرماء الصحة و المرض في ذلك سواء) أى و غرماء الصحة و غرماء المرض الذين كانوا غرماء فى الديون المعروفة الاسباب سواء فى عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين لأن حق الكل يتعلق بمال المريض (إلا إذا قضى ما استقرض فى مرضه) استثناء من قوله و لا يجوز للمريض و معناه إذا قضى فى مرضه ما استقرض في مرضه (أو نقد) فى مرضه (ثمن ما اشترى في مرضه و قد علم) أي و الحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء و النقد (بالبينة) أو بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض و البائع بقضاء دينهما و يسلم المقبوض لهما و لا يشاركهما فى ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل إنما حوله من محل إلى محل يعدله (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا قضيت) على صيغة المجهول (يعني الديون المتقدمة) و هي ديون الصحة و الديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة (و فضل شئ) من التركة (يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح و إنما رد في حق غرماء الصحة) لئلا تضيع حقوقهم (فإذا لم يبق حقهم) أي حق غرماء الصحة (ظهرت صحته) أي صحة إقراره في مرضه لأنه حينئذ لم يبق دين الصحة (قال) أي القدوري (و إن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره) لعدم المانع (لأنه لم يتضمن) أي لأن إقراره هذا لم يتضمن (إبطال حق الغير و كان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضى الله تعالى عنه إذا أقر

المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته و لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية و حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ و لهذا يقدم حاجته في التكفين قال و لو أقر المريض لوارثه

المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) هذا (١) غريب لم يتصل ثبوته و أيضاً نسبته إلى عمر رضى الله تعالى عنه غير صحيح و إنما هو عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه لأنه روى في مبسوط خواهر زاده و غيره عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه لا عمر رضي الله تعالى عنه و كذا روى في الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه انه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز و إن أحاط ذلك بماله و وافقه على ذلك الأترازيّ و أما الاكملّ و شيخه الكاكيّ فقد مشيا على ما هو المذكور في الهداية و لم ينبه أحد منهما على ما قلنا (و لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية و حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (و لهذا يقدم حاجته) أى حاجة المريض (في التكفين) و التجهيز على الإرث (قال) أي القدوريّ (و لو أقر (٢) المريض لوارثه) بدين أو بعين

(١)هذا غريب كذا فى نصب الراية ص١١١ ج٤. (٢)و لو أقر المريض الخ قال المحدث النقاد العثمانى فى اعلاء السنن باب إقرار المريض بالدين للوارث ص٤٩٠ ج١٥ و هذه المسألة من إحدى المسائل التى شنع بها البخارى على بعض الناس و قالوا أراد به أبا حنيفة أو الحنفية فقال باب قول الله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ قال الحافظ فى "الفتح" (٥: ٢٨٠) وجه الدلالة أنه سبحانه و تعالى سوى بين الوصية و الدين فى تقديمها على الميراث و لم يفصل بين وارث وغيره فخرجت الوصية للوارث بالدليل و بقي الإقرار بالدين على حاله انتهى قلت كما خرجت الوصية للوارث للدليل و هو قوله ﷺ "لا وصية لوارث" فكذلك خرج الإقرار بالدين للوارث بقوله و لا إقرار له بدين و قد بينا أنه حديث حسن الإسناد على أصلنا و لو سلم ضعفه فقد انجبر بموافقة قول ابن عمر وفتيا أجلة التابعين له مع كونه مؤيدا بالقياس الصحيح لما عرفت أن الإقرار خبر صورة إنشاء معنى فكان فى معنى الوصية فافهم قال و يذكر أن شريحا و عمر بن عبد العزيز و طاؤسا و عطاء و ابن أذينة أجازوا إقرار المريض بدين قلت لا يرد هذا إلا على من أبطل إقرار المريض بالدين مطلقا و أما نحن فقد قلنا بجوازه لغير الوارث و للوارث أيضا إذا صدقه الورثة أو قام به بينة و هذا هو قول شريح و ابن أذينة و إبراهيم النخعى و الحكم و الشعبى كما قاله ابن حزم و أما أثر عمر بن عبد العزيز فقال الحافظ لم أقف على من وصله و أما عطاء فقد روينا عنه و فى المتن ما يؤيدنا قال و قال الحسن أحق ما تصدق به الرجل آخر يوم من الدنيا و أول يوم من الآخرة قلت مفاده أنه ينبغى للورثة أن يصدقوا المريض فى إقراره لوارث بدين و به نقول يجب عليهم ديانة تصديقه إذا شهد قلوبهم بصدقه و أين فيه وجوب ذلك عليهم قضاء أو وجوب تصديقه على القاضى قال و قال إبراهيم و الحكم إذا أبرأ الوارث من الدين برئ قلنا و به نقول إذا قال لاحق لى عليه كما فى "الدر" فيبرأ قضاء لا ديانة و أما إذا قال أبرأته مما لى عليه من الدين لم يبرأ قضاء و لا ديانة (٤: ٧١٠) فقول إبراهيم و الحكم محمول على الأول دون الثانى "لما مر أنهما قائلان بعدم صحة إقرار المريض لوارثه بدين و الإبراء مثله فى إيثار بعض الورثة على بعض بل أشد ﴿١﴾ =>

﴿١﴾ لما فى الإقرار بالدين من احتمال الصدق فلا يكون إيثارا و أما الإبراء فهو تمليك لما عليه من الدين حتما. ظ

....

....

=> فكان معنى الوصية فيه أظهر و هو ممنوع من الوصية للوارث إجماعا فافهم قال و أوصى رافع بن خديج أن لا تكشف امرأته الفزارية عما أغلق عليه بابها و قال الحافظ فى "الفتح" لم أقف على هذا الأثر موصولا بعد اه قلنا و مع ذلك فهو ظاهر فى الوصية و هى باطلة للوارث اتفاقا فيجب حمله على أن للورثة أجازوها و كذلك لو حملناه على الإقرار حملناه على أن الورثة كانوا قد صدقوه فيه و هو الظاهر فى إقرار مثل رافع بن خديج الصحابى فى جلاله و أمانته و نحن نقول بجواز إقرار المريض للوارث إذا صدقه الورثة فيه قال و قال الحسن إذا قال لمملوكه عند الموت كنت أعتقتك جاز اه قلنا نعم ولكنه يسعى ﴿١﴾ فى قيمته للورثة قال و قال الشعبى إذا قالت المرأة عند موتها إن زوجى قضانى و قبضت منه جاز اه قلنا نعم إذا صدقها الورثة و إلا فهو برئ ديانة إذا كانت قضاها لا قضاء إذا لم يعلم ذلك إلا بقولها و ليس للزوج بينة و لنا قول مرجوح بصحة إقرارها بأن ليس لها على زوجها مهر كما مر فى الشامية (٤:٧١٠) فأثر الشعبى لا يخالفنا فقد قلنا بقوله فى بعض الأحوال و قد تقدم أنه قائل بعدم صحة إقرار المريض لوارثه بدين فكذا لا يصح إقراره بالاستيفاء منه لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين بطريق المقاصة كما حققه صاحب "البدائع" (٦:٢٢٧) و بالجملة فكل ما ذكره البخارى من أقوال السلف قضايا مطلقة لا عموم لها فلا يرد إلا على من أبطل إقرار المريض لوارثه مطلقا لا على من أجازه مرة و أبطله أخرى قال و قال بعض الناس لا يجوز إقراره لسوء الظن به للورثة اه قلنا لم يعلل الحنفية عدم جواز إقرار المريض لبعض الورثة بهذه العبارة بل قالوا لا يجوز ذلك لأنه إضرار لبقية الورثة و إيثار بعضهم على بعض لأن الإقرار إخبار من وجه إيجاب و إنشاء من وجه فكان فى معنى الوصية مع ورود قوله ﷺ "لا وصية لوارث و لا إقرار له بدين" و مذهب مالك كمذهب أبى حنيفة إذا اتهم و هو اختيار الرويانى من الشافعية و هو أحد القولين للشافعى كما تقدم و عن شريح و الحسن بن صالح لا يجوز إقرار المريض لوارثه إلا لزوجته بصداقها (لأن سببه معلوم و الأصل بقاءه فى الذمة) و عن القاسم و سالم و الثورى (و الشعبى و الحكم و ابن أذينة و عطاء) لا يجوز إقرار المريض لوارثه مطلقا و زعم ابن المنذر أن الشافعى رجع إلى قول هؤلاء و به قال أحمد و العجب من (شراح البخارى (أنهم من أين قالوا) إنه خصص الحنفية بالتشنيع عليهم و ما هم بمنفردين فيما ذهبوا إليه و لكن ليس هذا إلا بسبب أمر سبق فيما بينهم و الله أعلم كذا فى "عمدة القارى" (٦:٤٨٨) قال البخارى استحسن أى بعض الناس فقال يجوز إقراره بالوديعة و البضاعة و المضاربة اه قال ابن التين إن أراد هذا القائل ما إذا أقر بالمضاربة مثلا للوارث لزمه التناقض و إلا فلا "فتح البارى" (٥:٢٨١) قلت قد أخطأ البخارى رحمه الله تعالى فى فهم مذهب الحنفية إن كان قد أرادهم ببعض الناس فإن ظاهره يفيد أن إقرار المريض بأن هذا العين وديعة لوارثه فلان أو مضاربة أو بضاعة له جائز عندهم و لو لم يصدقه الورثة فى ذلك و ما هم بقائلين بذلك و إنما قالوا بجواز إقراره لوارثه بعين مستهلكة و صورته أن يقول كانت عندى وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها و الوديعة معروفة قبل اقراره بالاستهلاك لأنا لو لم نعتبر إقراره و جعلناه كمن سكت و مات مجهلا لا يدرى ما صنع كان ضمانها فى ماله فإذا أقر بإتلافه فأولى و الحاصل أن =>

....

﴿١﴾ عن القاسم قال سئل ابن مسعود عن رجل أعتق عبده عند الموت و ليس له مال غيره و عليه دين فقال يسعى فى قيمته رواه الطبرانى فى الكبير و القاسم لم يدرك ابن مسعود مجمع الزوائد (٤:٢١١) قلت و لكنه أدرى بما فى بيته و المرسل حجة عندنا. ظ

....

....

=> مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عينها قال في "الأشباه" و أما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الإجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو إبراء ه إلا في ثلث لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده أي عند وارثه وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه كذا في تلخيص الجامع و ينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها و لو مال الشركة و العارية و المعنى في الكل أنه ليس فيه إيثار البعض قال الشامي في رد المحتار قوله إقراره بالأمانات أي بقبض الأمانات التي عند وارثه لا بأن هذا العين لوارثه فإنه لا يصح كما صرح به الشارح قريبا و صرح به في الأشباه و هذا مراد صاحب الأشباه بقوله ينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها فتنبه لهذا فإنا رأينا من يخطئ فيه و يقول إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين بدين كما قدمناه عن الرملي اه ملخصا (٤:٧١٢) و أيضا فإن مبنى الإقرار بالدين على اللزوم و مبنى الإقرار بهذه الأشياء المذكورة على الأمانة و بين اللزوم و الأمانة فرق عظيم فلو سلمنا ﴿١﴾ جواز إقراره بالعين أنها وديعة أو بضاعة لم يلزم التناقض كما توهمه البخاري و أيضا فإن ربح المال في المضاربة مشترك بين العامل و المالك فلم يكن كالدين المحض كذا في "العمدة" و "فتح الباري" قال البخاري و قد قال النبي ﷺ "إياكم و الظن فإن الظن أكذب الحديث" اه قلنا إنما يصح الاحتجاج به علينا إذا ثبت أن الحنفية لم يعلل الجواب بسوء الظن به للورثة و قد منعنا هذا عن قريب و لئن سلمنا أن هذا ظن فلا نسلم أنه ظن فاسد و المحذور عنه هو هذا دون مطلق الظن ألا ترى أنه يجب علينا العمل بخبر واحد ظننا صحته و أيضا فغاية ما فيه أن الورثة مأمورون بحسن الظن بمورثهم فينبغي لهم أن يحسنوا الظن به إذا أقر لوارث بدين و ليس فيه أن على القاضي الحكم بإقراره إذا لم يصدقه الورثة فيه و ادعوا كذبه في إقراره له قال و لا يحل مال المسلمين لقول النبي ﷺ "آية المنافق إذا ائتمن خان" و قال الله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ فلم يخص وارثا و لا غيره اه أي لم يفرق بين الوارث وغيره في ترك الخيانة و وجوب أداء الأمانة عليه فيصح الإقرار سواء كان للوارث أو غيره اه قلنا و كذلك أمر الله تعالى بأداء الزكاة و إيفاء النذر و تكفير الأيمان فلو أقر المريض بأن عليه من الزكاة و الصدقات المنذورة و كفارات الأيمان ما يحيط بتركته كلها فهل تجيزون هذا الإقرار و تتصدقون بتركته كلها و إلا فما الفرق بين أمره بأداء الأمانات و أمره بأداء الزكاة و نحوها و أيضا لو أقر العبد المحجور عليه في مرضه بعين أنها لفلان هل تجيزون إقراره من غير تصديق المولى لا أظنكم قائلين به فتبين أن معنى الآية إنما هو الأمر بأداء الأمانات مطلقا و أما أن الأداء متى يصح و متى هو غير صحيح فلم تتعرض له الآية أصلا و قد تقرر بالدلائل أن تصرف المحجور عليه لا يصح إلا بإذن من له الحجر فكذلك المريض لما صار محجورا عليه في الوصية و الإقرار و نحوهما لتعلق حق الورثة بماله لا يصح إقراره بشئ لوارثه إلا بتصديق بقية الورثة و أيضا فمن أين علم أن ذمة المقر للوارث كانت مشغولة حتى إذا لم يقر كان خائنا فإن قيل إقراره عند توجهه إلى الآخرة يدل على ذلك قلنا و فيه مع ذلك احتمال تخصيصه بذلك بعض الورثة أنه فعل ذلك قصدا لنفعه و في ذلك ضرر لغيره و الضرر مدفوع شرعا و لئن سلمنا اشتغال ذمة في نفس الأمر بما أقر به فهذا لا يكون إلا دينا مضمونا فلا يطلق عليه الأمانة فلا يصح الاستدلال بالآية الكريمة على ذلك مع أن كون الدين في ذمته مظنون بحسب الظاهر و الضرر لباقي الورثة عند ذلك محقق فكيف يترك العمل بالمحقق و يعمل بالمظنون كذا في "عمدة القارى" (٦:٤٨٨) مع زيادات عليه =>

﴿١﴾ كما ذهب إليه صاحب "الدر" تبعا لصاحب الأشباه مخالفا للمنقول و خالفه فيه العلماء الفحول شامي (٤:٧١٢)

لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية ورثته و قال الشافعي رحمه الله تعالى في أحد قوليه يصح

(لا يصح إلا (١) أن يصدقه فيه) أي في إقراره ببينة الورثة (بقية الورثة) و به قال (٢) أحمد رحمه الله تعالى و هو قول شريح و ابراهيم النخعي و يحيى الانصاري و القاسم و سالم و أبو هاشم رحمهم الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول (و قال الشافعي رحمه الله تعالى في أحد قوليه يصح) و هو الأصح و به قال أبو ثور و هو قول عطاء و الحسن البصرى رحمهما الله تعالى

الجواب عن إيراد صاحب نتائج الأفكار

فإن قيل كما قال صاحب نتائج الأفكار إن كل واحد من الحديث الذى رواه الدارقطنى عن رسول الله ﷺ و أثر الذى روى عن ابن عمر إنما يدل على بطلان إقرار المريض بالدين لوارثه بدون تصديق الورثة و مسألتنا تعم بطلان الإقرار له بالدين و بالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام الدعوى (٧: ٣٦٢) قلنا إذا بطل الإقرار بالدين و ليس إلا اعترافا بالوجوب في الذمة فكيف يصح إقراره بعين هي في يده لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد و إذا لم يصح إقرار المريضة في المهر بالاستيفاء على الصحيح مع أن الأصل براء ة الذمة فكيف يصح فيما فيه الملك مشاهد بيد ﴿١﴾ المقر "رد المحتار" (٤: ٧١٠) فبطلان الإقرار بالعين مستفاد من النص بدلالته كدلالة حرمة التافيف على حرمة الضرب فلا حاجة إلى ما قاله صاحب النتائج اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إفادة دليل العقلى الآتى كلية المدعى فتأمل اه و اند حض به قول بعض الأحباب أن قوله ذلك مبنى على كونه المسألة قياسية و إن كان مخالفا لما قال شمس الأئمة أنه خلاف القياس كما يدل عليه قوله إن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس اه فإن الحق ما قاله شمس الأئمة و أما ما ذكروه من التعليل فهو من تغليل النص لا من تعليل الحكم و شتان بينهما الجواب عما يرد على قول الحنفية بتقديم قول الصحابى على القياس فإن قيل كيف يصح قول شمس الأئمة أن قول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم عندنا على القياس قد رددتم أحاديث مرفوعة صحيحة من أخبار الآحاد لمخالفتها القياس كحديث المصراة وغيره قلنا حاشا الحنفية أن يردوا حديثا واحدا و لو مرسلا أو ضعيفا بالقياس نعم إذا ورد حديث من أخبار الآحاد معارضا لحكم الكتاب أو السنة المشهورة أو لأصل مجمع عليه يقدمون حكم الكتاب و السنة المشهورة و الأصل المجمع عليه على خبر الواحد و يحملونه على محمل حسن مراعاة للحدود و تنزيلا للأشياء على منازلها كما لا يخفى على من أمعن النظر فى كتابنا هذا إن شاء الله تعالى. (١)إلا أن يصدقه أى بعد موته و لا عبرة لاجازتهم قبله كما فى خزانة المفتين و إن أشار صاحب الهداية لضده و أجاب به ابنه نظام الدين و حافده عماد الدين ذكره القهستانى شرح الملتقى و فى النعمية إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه فى حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته و عزاه لحاشية مسكين قال فلم تجعل الاجازة كالتصديق و لعله لأنهم أقروا اه و قدم الشارح فى باب الفضولى و كذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم اه فى الخلاصة نفس البيع من الوارث لا يصح إلا باجازة الورثة يعنى فى مرض الموت و هو الصحيح و عندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشترى بين الرد أو تكميل القيمة سائحانى كذا فى الشامية.
(٢)و به قال أحمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٣٤٤ ج٥.

﴿١﴾و لو كانت العين بيد الوارث صح إقراره بها لأن يد الوارث دليل لملكه فكان إقرار المريض مؤيدا بدليل الظاهر و لم يكن من باب الإيثار صرح بذلك الشامي

لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالإقرار لأجنبي و بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث و لنا قوله عليه الصلاة و السلام لا وصية لوارث و لا إقرار له بالدين

و قال (١) مالك رحمه الله تعالى يصح إذا لم يتهم و يبطل إذا اتهم كمن له بنت و ابن عم فأقر لابنته لم يقبل و لو أقر لابن عمه قبل و اختاره الروياني من أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى لفساد الزمان (لأنه) أي لأن هذا الإقرار (إظهار حق ثابت) يعني اخبار عن حق لازم عليه (لترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الإقرار بدلالة الحال لأن حال المريض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فكان كحال الصحة بل أدل فلا يثبت الحجر عن الإقرار به (و صار) أي حكم هذا (كالإقرار لأجنبي و بوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح و إن تضمن وصول شيء من التركة اليه (و بوديعة مستهلكة للوارث) أي و كالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (لا وصية لوارث و لا إقرار له بالدين) هذا الحديث رواه (٢) الدارقطني رحمه الله تعالى في سننه عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ لا وصية إلى آخره و هو

---

(١)و قال مالك رحمه الله تعالى الخ و ما ذكره مالك رحمه الله تعالى لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها (لأنه لا يعلمها أحد إلا الله تعالى) فوجب إعتبارها بمظنتها و هو الارث و كذلك اعتبر فى الوصية و التبرع وغيرهما كذا فى المغنى. (٢)رواه الدارقطنى رحمه الله تعالى فى الوصايا ص١٥٢ ج٤ قال المحدث النقاد العثمانى فى الاعلاء ص٤٨٨ ج١٥ و أورد عليه أولاً أنه مرسل و الجواب أنه لا ضير فان المرسل عندنا حجة و ثانياً أن فيه نوح بن دراج و قد كذبه ابن معين و قال ابوداود كذاب يضع الحديث و قال ابن حبان و الحاكم يروى الموضوعات عن الثقات و ضعفه الدارقطنى رحمه الله تعالى وغيره و الجواب أنه قال جعفر الفريابى عن محمد بن عبد الله بن نمير ثقة و قال ابو زرعة كان قاضى الكوفة و أرجو أن لا تكون به بأس و قال ابن عدى ليس هو بالمكثر يكتب حديثه فظهر أن الرجل مختلف فيه و الاختلاف غير مضر عندنا و ثالثا أن قوله لا إقرار بدين غير مقيد بالوارث بل هو مطلق و الاطلاق غير مسلم عندكم أيضا فكيف تحتجون به و الجواب أنه قوله لا اقرار بدين من قبيل عطف المفرد على المفرد لا من عطف الجملة على الجملة و إن كان من عطف الجملة على الجملة فالخبر المحذوف هو قوله للوارث بقرينة السابق لا قوله صحيح أو جائز ثم الاحتمال إنما يضر فى القطعيات دون الاجتهاديات الظنيات و إلا لم يصح الاستدلال بظنى لأحد من الأئمة فان كل ظنى يحتمل خلافه فتدبر فى هذا التحقيق فانه ينفعك فى كثير من المباحث و ليعلم ايضا أن الكلام فى نوح بن دراج و إسناد الحديث و إرساله إنما يفيد إذا كانت الرواية عند المجتهد من رواية نوح و إن كان عنده عن أبان أو عن جعفر بن محمد أو عن أبيه الباقر فلا يفيد و هو محتمل فان أبا حنيفة رحمه الله تعالى من أقران الباقر و كان يفتى فى حياته كما صرح به ابن تيمية فى "المنهاج" فى الجواب عن قول الرافضى أن ابا حنيفة رحمه الله تعالى من تلاميذ جعفر الصادق و هو من مشايخ ابى حنيفة رحمه الله تعالى أيضا كما صرح به ابن حجر فى "التهذيب" فاحفظه.

و لأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه و لهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين و لأن حالة المرض حالة الإستغناء و القرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه و قلما تقع المعاملة مع الوارث و لم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره

مرسل و نوح بن دراج ضعيف نقل عن أبي داود رحمه الله تعالى انه قال فيه كان يضع الحديث و قال الأترازيّ و لنا حديث الدارقطني رحمه الله تعالى و ساقه إلى آخره و لم يقف على حاله و كذا قال الأكملّ و لنا قوله عليه الصلاة و السلام الحديث ثم قال و هو نص في الباب لكن شمس الأئمةّ قال هذه الزيادة غير مشهورة يعني قوله و الاقرار له بدين و المشهور هو قول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و قد مر عن قريب (و لأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه و لهذا) أي و لاجل تعلق حق الورثة بماله في مرضه (يمنع) أى المريض (عن التبرع على الوارث) مثل الوصية و الهبة له (أصلا) أى بالكلية (ففى تخصيص البعض به) أي بالتبرع (إبطال حق الباقين و لأن حالة المرض حالة الاستغناء) أي عن المال لظهور آثار الموت فيه (و القرابة سبب التعلق) أي تعلق حق الاقرباء (إلا أن هذا التعلق لم يظهر فى حق الأجنبى) حيث لم يمنع إقرار المريض لأجنبى (لحاجته) أى لحاجة الانسان (إلى المعاملة) مع الناس (فى الصحة) أي فى حالة الصحة (لأنه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) أي مع (١) المريض (و قلما تقع المعاملة مع الوارث) هذا جواب عما يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضاً لأن الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث فأجاب عنه بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث لأن البيع للإسترباح و لا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و لم يظهر) أي هذا التعلق (فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً) إلى ابقاء نسله و الاقرار بالنسب يثبت لأنه من الحوائج الاصلية و لأن فيه حمل النسب على نفسه فصح و إذا ثبت النسب ثبت الميراث ضرورة (ثم هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بماله (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أى إذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطلوه) أى أبطلوا حقهم (فيصح إقراره) و هذا ظاهر

---

(١)مع المريض فى الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع فى الحرج و هو مدفوع شرعا.

و إن أقر لأجنبي جاز و إن أحاط بماله لما بينا و القياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا انا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم و ثم حتى يأتي على الكل قال و من أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه و بطل إقراره له فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها وجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح و لا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية

(و إن (١) أقر لأجنبي جاز و إن أحاط) أي إقراره (بماله لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه (و القياس أن لا يجوز إلا فى الثلث لأن (٢) الشرع قصر تصرفه) أى تصرف المريض (عليه) أى على الثلث (إلا انا نقول) فى الاستحسان (لما صح إقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى لأنه الثلث بعد الدين) و الثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار فى الثلث الثاني (ثم و ثم حتى يأتي على الكل) هكذا ذكر فى الايضاح (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و من أقر لأجنبي) فى مرضه بمال (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) أى ثبت نسب المقرله من المقر (و بطل إقراره له) أى إقرار المقر للمقرله بالمال (و إن (٣) أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها وجه الفرق) أي بين المسألتين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح) معناه أن النسب إذا ثبت ثبت مستنداً إلى وقت العلوق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه و ذلك باطل (و لا كذلك الزوجية لأنها) أي لأن الزوجية (تقتصر على زمان التزوج) معناه أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقي إقراره لأجنبية) فلا يبطل و في قول زفر رحمه الله تعالى يبطل الإقرار لها بالدين

---

(١) و إن أقر الخ كانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس و الاستحسان كذا فى العناية.

(٢) لأن الشرع الخ أقول لقائل أن يقول الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذى لم يكن من الحوائج الأصلية دون مطلق التصرف و إلا لزم أن لا ينفذ تصرفه فى نحو ثمن الأغذية و الأدوية إلا فى مقدار الثلث و لم يقل به أحد و قد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فلم يجر القياس المذكور فى الاقرار بالدين اللهم إلا أن يدعي أن كون قضاء الدين من الحوائج الأصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس كذا فى نتائج الأفكار.

(٣) و إن أقر الخ قيد بالاقرار لأنه لو وهب لها هبة أو أوصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل لأن ذا تمليك بعد الموت و هى وارثة حينئذ و إذا أقر المريض لأخيه و للمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات المقر فان إقراره للأخ باطل لأن المريض محجور عن الاقرار للوارث و الأخ وارث إلا أنه محجوب بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر إليه و أما فى الأجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن استناد الحجر إلى ما قبل العلة كذا فى الكفاية.

قال و من طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين و مات فلها الأقل من الدين و من ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة و باب الاقرار مسدود للورثة (١) فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها و لا تهمة في أقل الأمرين فيثبت

فصل

و من أقر بغلام يولد مثله لمثله و ليس له نسب معروف انه ابنه و صدقه الغلام ثبت

بخلاف الزوجية (قال) أي القدوريّ (و من (٢) طلق امرأته) و في نسخة زوجته (في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين و مات فلها الأقل من الدين و من ميراثها منه) أي من الزوج (لأنهما) أى لأن الزوجين (متهمان فيه) أى في هذا الاقرار (لقيام العدة و باب الإقرار مسدود للورثة فلعله) أى فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها) فوقع التهمة في إقراره (و لا تهمة في أقل الأمرين فيثبت) أي أقل الأمرين و قال الاسبيجابيّ في شرح الكافي و لو أقر لامرأته بدين من مهر ها صدق فيما بينه و بين مهر مثلها و تحاص غرماء الصحة به و لو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق و في الفتاوى الصغرى المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها فإن ماتت و هي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها و إن ماتت غير منكوحة و لا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح و الله أعلم.

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الاقرار بالنسب و لقلته بالنسبة إلى الاقرار بالمال أخر ذكره (و من أقر بغلام يولد مثله) أى مثل ذلك الغلام (لمثله) أى لمثل المقر يعنى هما فى السن بحيث يجوز أن يولد المقرله للمقر (و ليس له) أى للغلام (نسب معروف انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (و صدقه الغلام ثبت

---

(١)للورثة. ن. للوارث. (٢)و من طلق الخ و فى الدر المختار (و لو أقر لمن طلقها ثلاثا) يعنى بائنا (فيه) أى فى مرض موته (فلها الأقل من الارث و الدين) و يدفع لها ذلك بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة فى أعيان التركة شرنبلالية (و هذا إذا) كانت فى العدة و (طلقها بسؤالها) فاذا مضت العدة جاز لعدم التهمة عزمية (و إن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ و لا يصح الاقرار لها) لأنها وارثة إذ هو فار و أهمله اكثر المشايخّ لظهوره من كتاب الطلاق اه و فى رد المحتار (فرع) إقراره لها أى للزوجة بمهرها إلى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه و إن بعد الدخول قال الامام ظهير الدينّ و قيل جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر إذا لم تعترف بالقبض و الصحيح أنه يصدق إلى تمام مهر مثلها و إن كان الظاهر أنها استوفت شيئا بزازية و فيها أقر فيه لامرأته التى ماتت عن ولد بقدر مهر مثلها و له ورثة أخرى لم يصدقوه فى ذلك قال القاضى الامامّ لا يصح إقراره و لا يناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الأول اه (فرع) فى التتارخانية عن السراجية ولو قال مشترك أو شركة فى هذه الدار فهذا إقرار بالنصف =>

نسبه منه و إن كان مريضاً لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به و شرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر و شرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره و إنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة وضعها في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل و لا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية و يشارك الورثة في الميراث لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته

نسبه منه) أي ثبت نسب الغلام من المقر و هذا الحكم فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه و أما إذا كان لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منه بدون تصديقه (و إن كان مريضاً) واصل بما قبله أي و إن كان المقر مريضاً إلى هنا لفظ القدوريّ و قال المصنف في تعليله (لأن النسب مما يلزمه) أى يلزم المقر (خاصة) لأنه حمل النسب على نفسه لا على غيره (فيصح إقراره به و شرط) أي القدوريّ (أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر) و عند (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا يشترط تصديقه و تكذيبه إذا لم يكن مكلفاً كالصغير و المجنون عبر عن نفسه أو لا و في الكبير يشترط تصديقه و قال مالك رحمه الله تعالى لا يشترط تصديقه إذا لم يكذبه الحس أو الشرع سواء كان كبيراً أو صغيراً و إن كذبه الحس بأن يكون لا يولد مثله لمثله لا يثبت نسبه بلا خلاف و قال مالك رحمه الله تعالى أيضا لو كذبه العرف بأن يتيقن الناس بأنه ليس بولده كما إذا كان الغلام سندياً و الرجل فارسى لا يثبت نسبه و لا يكون الغلام حراً ذكره في الجواهر (و شرط) أى القدوريّ أيضاً (أن لا يكون له نسب معروف لأنه) أى لأن كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره و انما شرط) أى القدوريّ (تصديقه) أي تصديق الغلام (لأنه في يد نفسه إذ المسألة وضعها في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير) الذى لا يعبر عن نفسه لأنه فى يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (و لا يمتنع بالمرض) أى لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لأن النسب من الحوائج الأصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (و يشارك الورثة في الميراث) أى و يشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة فى ميراث المقر قال المصنفّ فى تعليله (لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أى ورثة المقر بالنسب

=> و فى العتابية و مطلق الشركة بالنصف عند ابى يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى ما يفسره المقر و لو قال فى الثلثين موصولا صدق و كذا قوله بينى و بينه أولى و له اه. (١)و عند الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٣٥٢ ج٥ و المغنى ص٣٢٧ ج٥.

قال و يجوز إقرار الرجل بالوالدين و الولد و الزوجة و المولى لأنه أقر بما يلزمه و ليس فيه تحميل النسب على الغير و يقبل إقرار المرأة بالوالدين و الزوج و المولى لما بينا و لا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير و هو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة لأن قول القابلة في هذا مقبول و قد مر في الطلاق و قد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى و لا بد من تصديق هؤلاء و يصح التصديق في

(قال) أي القدوري (و يجوز إقرار الرجل بالوالدين (١) و الولد و الزوجة و المولى لأنه أقر بما يلزمه و ليس فيه تحميل النسب على الغير) كل ذلك يجوز بالشرائط المذكورة و يشترط أن يصدقه الأب و الأم إذا كانا عاقلين و في هذا إجماع لا خلاف فيه و يشترط أن تكون المرأة خالية عن الزوج و عدته و ليس تحت المقر أختها و لا أربع سواها و إنما أطلق المولى ليشتمل الأعلى و الاسفل جميعا (و يقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج و المولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه و ليس فيه حمل النسب على الغير (و لايقبل بالولد) أى و لا يقبل إقرار المرأة بالولد (لأن فيه تحميل النسب على الغير و هو الزوج لأن النسب منه) أى من (٢) الزوج (إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد (٣) بولادته قابلة لأن قول القابلة في هذا) أى فى هذا الخصوص (مقبول) إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد و شهادتها فى ذلك مقبولة (و قد مر في الطلاق) أى في باب ثبوت النسب عند قوله فإن جحد الولادة بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن (و قد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) عند قوله و إذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة (و لا بد من تصديق هؤلاء) بلا خلاف لأنهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على (٤) تصديقهم (و يصح التصديق في

(١)بالوالدين. و فى النهاية إعلم أن هذا الذى ذكره ههنا من صحة إقرار المقر بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء و رواية شرح الفرائض للامام سراج الدين و المصنف و مخالف لعامة النسخ من المبسوط و الايضاح و الجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرها و الله تعالى اعلم بصحته اه و فى الدر المختار و ما ذكره من صحة الاقرار بالأم كالأب هو المشهور الذى عليه الجمهور و قد ذكر الامام العتابي فى فرائضه أن الاقرار بالأم لا يصح و كذا فى ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات و فيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اه و لكن الحق صحته بجامع الاصالة فكانت كالأب فليحفظ اه. (٢)من الزوج قال الله تعالى ادعوهم للآبائهم الاحزاب: ٥. (٣)أو تشهد بولادته قابلة أى أو إلا أن تشهد قابلة بولادته أى بتولد ذلك الولد من تلك المرأة و فى بعض النسخ بولادتها أى بولادتها إياه ففى هذه النسخة أضيف المصدر إلى الفاعل و ترك المفعول و فى الأولى عكس الأمر كذا فى النتائج. (٤)على تصديقهم كذا فى الكافى وغيره إلا إذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر و هو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار و لو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه كذا فى التبيين.

النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت و كذا يصح تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق و كذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن الارث من أحكامه و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت و لهذا لا يحل له غسلها عندنا و لا يصح التصديق على اعتبار الارث لأنه معدوم حالة الإقرار و إنما يثبت بعد الموت و التصديق يستند إلى أول الإقرار قال ومن أقر بنسب من غير الوالدين

النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري معناه أن المقر له بالنسب اذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه فإذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته لبقاء النسب بعد (١) الممات (و كذا يصح تصديق الزوجة) أي زوجها بالزوجية بعد موت المقر (لأن حكم النكاح) و هو العدة (باق) أى بعد (٢) الموت و هذا بالاتفاق (و كذا يصح تصديق الزوج بعد موتها) أى وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها اذا أقرت بالنكاح حتى يجب عليه مهرها و له الميراث منها (لأن الارث من أحكامه) أى من أحكام النكاح و هو مما يبقى بعد الموت كالعدة و هذا عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايصح لأن النكاح انقطع بالموت و لهذا لا يحل له غسلها عندنا) حتى يجوز له أن يتزوج اختها و أربعاً سواها (و لا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقريره سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع حكم التزوج بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و لكن لم لا يجوز تصديق الزوج إياها بعد موتها على اعتبار الارث لأن التصديق إذا ثبت يستند إلى اول الاقرار و في تلك الحالة لا يوجد الارث لأنه لا يتحقق إلا بعد الموت و هو معنى قوله (لأنه) أى لأن الارث (معدوم حالة الاقرار و إنما يثبت) أى الارث (بعد الموت و التصديق يستند الى أول الاقرار) و في هذه الحالة لم يوجد الارث كما ذكرنا (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و من أقر بنسب من غير الوالدين

---

(١) بعد الممات فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بإسرها قال تاج الشريعة و لا يشكل هذا بايجاب البائع إذا مات قبل قبول المشترى لأن الاقرار تام فى نفسه و التصديق شرط فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشترى ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتام لأن القبول ركن اه كذا فى النتائج. (٢) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت و هى من آثار النكاح ألا يرى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه كذا فى النتائج.

و الولد نحو الأخ و العم لا يقبل إقراره في النسب لأن فيه حمل النسب على الغير فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف و إن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال و إن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير و ليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال و لو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته (١)

و الولد نحو الاخ و العم لا يقبل اقراره في النسب) و ان صدقه المقر له بالنسب بل لا بد فيه من البينة كذا فى التحفة (لأن فيه) أى في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) لأن في إقراره بالاخ يكون حمل النسب على الأب و في إقراره بالعم يكون حمل النسب على الجد (فان (٢) كان له) أى لهذا المقر بالإخ أو بالعم (وارث معروف قريب) كصاحب الفرض أو العصبة (أو بعيد) كذي رحم (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالميراث) أى بميراث هذا المقر إذا مات (من المقر له) حتى لو أقر بأخ و له عمة أو خالة فالارث للعمة و الخالة (لأنه لما لم يثبت نسبه) أى نسب المقر له (منه) أى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف و إن لم يكن له) أى للمقر (وارث) معروف (استحق المقرله) و هو الاخ أو العم (ميراثه لأن له) أى للمقر (ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث) فيتصرف بما شاء ثم اوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن له) أى للمقر (أن يوصي بجميعه) أى بجميع ماله (عند عدم الوارث فيستحق) أى المقر له المذكور (جميع المال و إن لم يثبت نسبه منه) أى من المقر (لما فيه) أى فى الاقرار (من حمل النسب على الغير و ليست هذه) أى هذه الصورة أو القضية (وصية حقيقة) اوضح ذلك بقوله (حتى أن من أقر بأخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال و لو كان الاول) أي الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أي الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله و ليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار بنسب الاخ أو العم (بمنزلتها) أى بمنزلة الوصية بدليل صحة الرجوع و لو لم يكن بمنزلة

(١) بمنزلته. ن. بمنزلتها. (٢) فان كانه له الخ قال فى النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل إقراره فى النسب وقع فى عجزه لأن هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك أن الرجل إذا أقر فى مرضه بأخ له من أبيه و أمه أو بابن ابن له ثم مات و له عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة و الخالة أو المولى و لا شئ للمقر له لأن النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف اه.

حتى لو أقر في مرضه بأخ و صدقه المقر له ثم أنكر المقر قرابته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له و لو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار قال و من مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا و يشاركه في الميراث لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير و لا ولاية له عليه و الإشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن و لكنه يقبل في حق العتق

الوصية لما صح الرجوع ثم اوضح ذلك بقوله (حتى لو أقر في مرضه بأخ و صدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان) و مات و لا وارث له (كان المال) كله (للموصى له و لو لم يوص لأحد كان) أي المال (لبيت المال لأن رجوعه) أى رجوع المقر (صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الاقرار) و ينبغي ان يعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه و أما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (و يشاركه في الميراث) أى و يشارك المقر له بالأخوة المقر فى الارث من أبيه و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و أكثر أهل العلم و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يشاركه في الإرث لعدم ثبت النسب و حكى ذلك عن ابن سيرين (لأن إقراره تضمن شيئين) أحدهما (حمل النسب على الغير و لا ولاية له) أى للقمر (عليه) أى على الغير فلا يثبت (و) الثانى (الاشتراك في المال و له فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق) أى بعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل إقراره) أى إقرار المشترى (عليه) (١) أى على البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن و لكنه يقبل) أى إقراره (في حق العتق) حتى

---

(١)عليه. و فى الزيلعى فإذا قبل إقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا و عند مالك و ابن ابى ليلى رحمهما الله تعالى يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لوكان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده و عندهما (يعنى عند مالك و ابن ابى ليل رحمهما الله تعالى) ثلث ما فى يده لأن المقر قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ إقراره فى حصته و بطل ما كان فى حصة أخيه فيكون له ثلث ما فى يده و هو سدس جميع المال و السدس الآخر فى نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا و نحن نقول ان فى زعم المقر انه يساويه فى الاستحقاق و المنكر ظالم بانكاره فيجعل ما فى يده كالهالك فيكون الباقى بينهما بالسوية و لو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده و عندهما تأخذ خمسه و لو أقر ابن و بنت بأخ و كذبهما ابن و بنت يقسم نصيب المقرين أخماسا و عندهما =>

قال و من مات و ترك ابنين و له على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر و للآخر خمسون لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الإستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الأمر أنهما

يعتق عليه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من مات و ترك ابنين و له) أى للميت (على آخر مائة درهم فأقر أحدهما) أى أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أى من المائة (خمسين) درهما (لا شئ للمقر) أي لا شئ من المائة للابن المقر (و للآخر خمسون لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لأن الديون تقضى بأمثالها (فإذا كذبه) أى كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) قال الأترازي احترز به عن قول ابن أبي ليلىٰ فإن عند هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار يختص عندنا بنصيب المقر و عند ابن ابى ليلىٰ يشيع فى النصيبين و قال الكاكي رحمه الله تعالى قوله كما هو المذهب عندنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى يلزمه نصف الدين و هوقياس مذهب مالك رحمه الله تعالى و به قال النخعي و الحسن و الحكم و اسحاق و أبو عبيدة و أبو ثور رحمهم الله تعالى (غاية الأمر) هذا (١) جواب عما يقال إن زعم المقر يعارضه زعم المنكر فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر و المنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة و لم يكن المقبوض مشتركاً بينهما فاجاب بقوله غاية الأمر (أنهما) أى

=> أرباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده و لو أقر بجدة هى أم الميت أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به و قال فى الايضاح لو أقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت أخذت تسعى ما فى يده لأن فى زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان و لكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه اكثر من حقه فى زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هى بقدر حقها و هو سهمان و يضرب الابن بقدر حقه و هو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة. (١)هذا جواب الخ كذا فى العناية و فى النتائج هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا و ما بقى بقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك فى شئ من أجزائه و الابن المقر و ان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقى بعد الهلاك فهما متصادقان فى الاشتراك فى الباقي المقبوض فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين و يرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما و إن تصادقا الخ.

تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقرلو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم و رجع الغريم على المقرّ فيؤدي إلى الدور.

كتاب الصلح

المقر و المنكر (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر) لا يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم) لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً و له تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض و قد انتقض القبض في هذا المقدار (و رجع الغريم على المقر) لإقراره بدين على الميت مقدم علي الميراث (فيؤدي إلى الدور) و لا فائدة فيه.

(كتاب الصلح)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصلح بانواعه وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن في الإقرار ترك المخاصمة و هو صلح بعينه قال (١) الجوهريّ الصلاح ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولاً قال الفراء رحمه الله تعالى و حكى أصحابنا صلح أيضاً بالضم و الصلاح بكسر الصاد المصالحة و اسم الصلح يذكر و يؤنث و قد اصطلحا و تصالحا و اصالحا ايضاً مشددة الصاد و يقال الصلح اسم للمصالحة التى هى المسالمة خلاف المخاصمة و في (٢) اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة و سببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه و شرطه (٣) كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض و له تفصيل سيأتي إن شاء الله تعالى عزوجل و

(١)قال الجوهرىّ فى الصحاح مادة صلح ص٣٨٣ ج١. (٢)و فى اصطلاح الفقهاء الخ عرفه الشافعية بأنه عقد يحصل به قطع النزاع عرفه المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه عرفه الحنابلة بأنه معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين انظر أسنى المطالب ومغنى المحتاج و شرح منح الجليل و مواهب الجليل و الشرح الصغير و كشف القناع و المغنى كذا فى هامش شرح الوجيز ص٨٤ ج٥. (٣)و شرطه الخ و فى الهندية و أما شرائطه فأنواع (منها) أن يكون المصالح عاقلا فلا يصح صلح المجنون و الصبى الذى لا يعقل هكذا فى البدائع و صلح السكران جائز كذا فى السراجية (و منها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة (و منها) أن يكون المصالح على الصغير ممن يملك التصرف فى ماله كالأب و الجد و الوصى (و منها) أن لا يكون مرتدا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى هكذا فى البدائع و أما البلوغ و الحرية فليسا بشرط فصح الصلح من الصبى المأذون إن نفع أو عرى عن الضرر و من العبد المأذون إذا كان له فيه منفعة لكن لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كانت له بينة و يملك التاجيل مطلقا و حط بعض الثمن للعيب و من المكاتب هكذا فى الغرر (و منها) أن يكون المصالح عليه مالا معلوما ان كان يحتاج إلى قبضه و إن كان لا يحتاج إلى قبضه فشرطه أن يكون المصالح عليه مالا سواء كان معلوما أو مجهولا هكذا فى المحيط (و منها) أن يكون المال المصالح عليه متقوما فلا يصح الصلح على الخمر و الخنزير من المسلم و كذا إذا صالح على دن من =>

قال الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار و صلح مع سكوت و هو أن لا يقر المدعي عليه و لا ينكر و صلح مع إنكار و كل ذلك جائز لإطلاق قوله تعالى ﴿و الصلح خير﴾ و لقوله عليه الصلاة و السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً

ركنه الإيجاب مطلقاً و القبول فيما يتعين بالتعيين و أما إذا وقت الدعوى في الدراهم و الدنانير و طلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت و لا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق و هو يتم بالمسقط و حكمه (١) تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقراً و أنواعه ما هو المذكور في الكتاب و جوازه ثابت بقوله تعالى ﴿و الصلح (٢) خير﴾ و بالحديث المذكور في الكتاب (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار و صلح مع سكوت وهو (٣) أن لا يقر المدعي عليه و لا ينكر و صلح مع (٤) انكار وكل ذلك جائز) و به (٥) قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز إلا مع الإقرار و في التحفة الصلح مع الإنكار لا يجوز عند ابن أبي ليلىؒ و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و يجوز الصلح مع سكوت المدعي عليه عند ابن أبي ليلىؒ كمذهبنا و قال الشافعي لا يجوز و دليلنا ما ذكره المصنفؒ بقوله (لإطلاق قوله تعالى ﴿و الصلح خير﴾) فإن قيل النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول فإن الآية سيقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية ﴿و إن امرأة خافت من بعلها﴾ الآية قلت قال في الإسرار قوله و الصلح خير كلام مستقل بذاته فلا يربط بسببه (و لقوله عليه الصلاة و السلام) أي و لقول النبي ﷺ (كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) الحديث

=> خل فاذا هو خمر (و منها) أن يكون مملوكا للمصالح حتى إذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح هكذا فى البدائع (و منها) أن يكون المصالح عنه مما يجوز الاعتياض عنه مالا أو غير مال نحو القصاص مجهولا كان أو معلوما هكذا فى المحيط (و منها) أن يكون المصالح عنه حق العبد لا حق الله سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين و لا دين اه ملخصا. (١)و حكمه الخ وفى البحر و حكمه فى جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا و فى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقرا به و إن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص فالحكم وقوع البراء ة كما إذا كان منكرا مطلقا اه. (٢)و الصلح خير الآية: النساء: ١٢٨. (٣)و هو أن لا يقر الخ إيماء إلى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لأن معنى مطلق السكوت هو أن لا يتكلم أصلا كذا فى النتائج. (٤)مع إنكار فلو أنكر ثم صالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به كذا فى البحر. (٥)و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص٩ ج٥.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا و هذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر و لأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه و هذا رشوة و لنا ما تلونا و أول ما روينا و تأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر

رواه (١) الترمذي و ابن ماجة رحمهما الله تعالى عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال الصلح جائز إلى آخره سواء و زاد الترمذي رحمه الله تعالى و المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حرما و قال (٢) حديث حسن صحيح (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا) و هو الحديث المذكور و هو يستدل بآخر الحديث (و هذا) أي الصلح على الانكار (بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر) أي يصير حراماً على الدافع حلالاً على الآخذ (و لأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه و هذا رشوة) و قد لعن الشارع الراشي و المرتشي (و لنا ما تلونا من الآية) من غير فصل (و اول ما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين فإنه باطلاقه يتناول الصلح مع الانكار و السكوت (و تأويل آخره) أي آخر الحديث و هو قوله إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً (أحل حراماً لعينه كالخمر

---

(١)رواه الترمذى رحمه الله تعالى فى الاحكام باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ص١٦١ ج١ و ابن ماجة رحمه الله تعالى فيه باب الصلح ص١٧١. (٢)قال حديث حسن صحيح فان قلت قد نوقش تصحيحه بأن فيه كثير بن عبد الله و قد رمى بالكذب قلت لا يضر ما تعقب به فان البخارى رحمه الله تعالى حسن حديث كثير بن عبد الله هذا فى الساعة التى ترجى يوم الجمعة كما فى التهذيب ص٤٢٢ ج٨ و أيضا فالحديث رواه ابو داود رحمه الله تعالى من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه و هما اثنان اشتركا فى الاسم و سياق المتن و اختلفا فى النسب و السند و لكن ابن حزمٌ ظنهما واحدا فقال كثير بن عبد الله و هو كثير بن زيد ساقط متفق على إطراحه و أن الرواية لا تحل عنه و رده عليه الخطيبٌ ففرق بينهما و قال كثير بن زيد لم يوصف بشئ مما قال كما فى التهذيب ص٤١٥ ج٨ بل وثقه ابن معينٌ فقال ليس به بأس و قال مرة صالح و قال ابن عمار الموصلىٌ ثقة و قال ابو زرعةٌ صدوق فيه لين و قال ابو حاتمٌ صالح ليس بالقوى يكتب حديثه و قال ابن عدىٌ لم أربه بأسا و أرجو أنه لا بأس به و ذكره ابن حبانٌ فى الثقات كما فى التهذيب أيضا و روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فى كتابه إلى ابى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه مثل ذلك و انه كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول و حديث ابى هريرة رضى الله تعالى عنه قد رواه الدارقطنى رحمه الله تعالى فقال ثنا ابو عبد الله الفارسى من أصله نا عبد الله بن الحسين المصيصى نا عفان نا حماد بن زيد عن ثابت عن ابى رافع عن ابى هريرة رضى الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ الصلح جائز من المسلمين كذا فى أصله اه و رجاله ثقات كذا فى الاعلاء ص٣ ج١٦.

أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة و لأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه و هذا مشروع و المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه و هذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس و دفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال فان وقع الصلح عن إقرار اعتبرفيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع و هو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه

أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أي كالصلح مع امرأته أن لا يطأ ضرتها أو أمته و هذا النوع من الصلح باطل عندنا (و لأن هذا) دليل آخر أي و لأن هذا الصلح مع الانكار أو السكوت (صلح بعد دعوى صحيحة) و لهذا يستحلف المدعى عليه (فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه و هذا مشروع و المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه و هذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الانفس) و الناس يحتاجون إلى هذا الصلح لقطع المنازعات و دفع الخصومة ولهذا قال (١) الشيخ أبو منصور الما تريدي لا يعمل الشيطان في إيقاع العداوة و البغضاء فى بنى آدم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس كذا في المحيط (و دفع الرشوة) هذا جواب عن قوله و هذا رشوة تقريره أن دفع الرشوة إلى ظالم (لدفع الظلم أمر جائز) لأن المال خلق لصيانة الأنفس و قال محمد رحمه الله تعالى هذا لا بأس به و ليس هذا بسحت إلا على من أكله فأما من أعطاه لمنفعة في دار الحرب فلا بأس بذلك و كذلك في دار الإسلام أيضاً إن رشى انساناً يخاف ظلمه و حبسه فلا بأس بذلك و يكره ذلك للمرتشى و نقل أبو الليث عن أبي يوسف رحمه الله تعالى جواز المصالحة للأوصياء في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب و به يفتى (قال) أى القدوري (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع) أي الصلح (عن مال) أي عن دعوى مال (بمال لوجود معنى البيع و هو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما) فاذا تحقق فيه معنى البيع (فيجري (٢) فيه) أي

---

(١) قال الشيخ الخ كذا فى التبيين. (٢) فيجرى فيه الخ و فى التبيين فتجرى فيه أحكام البيع فينظر إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع و شراء كما ذكرهنا و إن وقع علي جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء و إن كان مثله فهو قبض وإستيفاء و إن كان باكثر منه فهو فضل و زبا اه و فى البحر اعتبر بيعا إن كان على خلاف الجنس إلا فى مسألتين الأولى إذا صالح من الدين على عبد و صاحبه مقر بالدين و قبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان الثانية إذا تصادقا على أن لا دين بطل الصلح كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا أن لا دين فلو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء اه.

الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب و يثبت فيه خيار الشرط و الرؤية و يفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط و يشترط القدرة على تسليم البدل و إن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة و هو تمليك المنافع بمال و الإعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها و يبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة قال و الصلح عن السكوت و الإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين و قطع الخصومة و في حق المدعي لمعنى المعاوضة

في هذا الصلح (الشفعة إذا كان عقاراً و يرد بالعيب و يثبت فيه خيار الشرط و الرؤية) أي خيار الرؤية (و يفسده) أي و يفسد الصلح (جهالة البدل لأنها) أى لأن جهالة البدل (هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط) أى لأن المصالح عنه يسقط كما يقول السفير بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار و به قال و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى يفسد جهالة المصالح عنه ايضا كما في البيع (و يشترط القدرة على تسليم البدل) حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح (و إن وقع) أى الصلح (عن مال بمنافع يعتبر (١) بالإجارات لوجود معنى الإجارة و هو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها) و لهذا كان البيع بالتعاطي صحيحا و كانت الهبة بشرط العوض بيعا و كانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة و الكفالة بشرط براء ة الأصيل حوالة فاذا اعتبر بالإجارة (فيشترط (٢) التوقيت فيها) حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز و إذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز (و يبطل (٣) الصلح بموت أحدهما) أي أحد المتعاقدين (في المدة) كالإجارة (لأنه) أي لأن الصلح عن مال بمنافع (اجارة) لصدق معناه عليه فيرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة (قال) أي القدوري (و الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لافتداء اليمين و قطع الخصومة و في حق المدعي لمعنى (٤) المعاوضة

---

(١)يعتبر بالاجارات و فى البحر و إنما يعتبر إجارة إذا وقع على خلاف المدعى به فان ادعى دارا فصالحه على سكناها شهرا فهو إستيفاء لبعض حقه لا إجارة فتصح إجارته للمدعى عليه. (٢)فيشترط التوقيت فيما يحتاج إليه كخدمة العبد و سكنى الدار بخلاف صبغ الثوب و ركوب الدابة و حمل الطعام فالشرط بيان تلك المنفعة كذا فى البحر. (٣)و يبطل الصلح بموت أحدهما إن عقدها لنفسه و كذا بفوات المحل قبل الاستيفاء و لو كان بعد استيفاء البعض بطل فيما بقى و يرجع بالمدعى بقدره و لو كان الصلح على خدمة عبد فقتل إن كان القاتل المولى بطل و إلا ضمن قيمته و اشترى بها عبدا يخدمه إن شاء كالموصى بخدمته بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالاتلاف و العتق كذا فى البحر. (٤)لمعنى المعاوضة فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا =>

لما بينا و يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر و كذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار و الجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك قال و إذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة قال معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه و يدفع المال دفعاً لخصومة المدعي و زعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره و إن كان المدعى عليه يكذبه قال و إذا كان الصلح عن إقرار و استحق بعض المصالح

لما بينا) أشار به إلى ما ذكره قريبا بقوله لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه و ذلك لأن المدعي يزعم انه محق في دعواه و الذى أخذه عوض حقه و المدعى عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة و الشغب عن نفسه و ليس بممتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين أشار اليه بقوله (و يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما) أي حكم عقد الصلح في حق المدعي و المدعى عليه (كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين) فإنها فسخ في حقهما بيع جديد في حق ثالث (وغيرهما) أي وغير المتعاقدين فإنها بيع في حق غيرهما (و هذا) أي كونه لافتداء اليمين و قطع الخصومة (في الانكار ظاهر و كذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار و الجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه) أي في حق المدعى عليه (بالشك) لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضاً مع أن حمل السكوت على الانكار أولى لأن فيه تفريغ الذمة و هو الأصل (قال) أي القدوري (و إذا صاح عن دار لم تجب فيها الشفعة قال) أى المصنف (معناه) أي معنى كلام القدوري (إذا كان عن انكار أو سكوت لأنه) أي لأن المدعى عليه (يأخذها) أي الدار (على أصل حقه) أي ليستبقي الدار على ملكه لا أنه يشتريها (و يدفع المال دفعاً لخصومة المدعي) على زعمه و المدعي يؤاخذ بما في زعمه (و زعم المدعي) و هو المبادلة (لا يلزمه) أى المدعى عليه (بخلاف ما إذا صالح على دار) مع الانكار (حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال فكان معاوضة في حقه) أى فى حق المدعى (فيلزمه الشفعة بإقراره و إن كان المدعى عليه يكذبه) فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى عليه و هو ينكر فتجب فيها الشفعة (قال) أي القدوري (و إذا كان الصلح عن إقرار و استحق) من يد المدعى عليه (بعض المصالح

=> قبل القبض كذا فى البحر و فى تقريرات الرافعى (قوله فبطل الصلح الخ) أى إذا صالحه على قدر الدين و إن على اكثر بطل ابتداء و على أقل لا يشترط القبض.

عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لأنه معاوضة مطلقة كالبيع و حكم الإستحقاق في البيع هذا و إن وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة و رد العوض لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده و إن استحق بعض ذلك رد حصته و رجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض و لو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة و إن استحق بعضه رجع بحصته و إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه

عنه رجع المدعى عليه) على المدعي (بحصة ذلك) أى المستحق (من العوض) أي بدل الصلح (لأنه) أى لأن الصلح عن إقرار (معاوضة مطلقة كالبيع و حكم الاستحقاق في البيع هذا) أي الرجوع بالحصة من العوض (و إن وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة) أي على المستحق لأنه قام مقام المدعى عليه (و رد العوض) أي بدل الصلح (لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة) أي خصومة المدعي (عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له) أى للمدعي (فيبقى العوض في يده) أى يد المدعي (غير مشتمل على غرضه) أى غرض المدعى عليه (فيسترده) كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل لغرض دفعه إلى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل اداء الكفيل فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه (و إن استحق) في الصلح عن انكار أو سكوت (بعض ذلك) أي المصالح عنه (رد حصته) من بدل الصلح (و رجع بالخصومة فيه) أي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتباراً للبعض بالكل (لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض) أي عن غرض المدعى عليه (و لو استحق المصالح عليه) و كان الصلح (عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه) أى لأن الصلح عن إقرار (مبادلة) لأنه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح و لم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع (و إن استحق بعضه رجع بحصته) أي بحصة البعض المستحق (و إن كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع (١) إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه) أى بعض

---

(١) رجع إلى الدعوى إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين و هو من جنس المدعي به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق و لا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة و قبضها فانه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الاقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا =>

لأن المبدل فيه هو الدعوى و هذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له و لا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة و لو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الإستحقاق في الفصلين قال و إن ادعى حقاً في دار و لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع (١) بكله على ما قدمناه في البيوع و لو ادعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه

المصالح عليه (لأن المبدل فيه هو الدعوى و هذا) أي الرجوع بالدعوى إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع فان وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى إليه اشار بقوله (بخلاف ما إذا باع منه على الانكار شيئاً حيث يرجع بالمدعى) لا بالدعوى صورته ادعى على آخر دارا مثلا و انكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع بأن قال المدعى عليه للمدعى بعت منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح و هذا إقرار منه بالدار ثم لو يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى (لأن الإقدام) أي إقدام المدعى عليه (على البيع إقرار منه) أى من المدعى عليه (بالحق له) أي للمدعي إذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع (و لا كذلك الصلح لأنه) أى لأن الصلح (قد يقع لدفع الخصومة و لو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدعي (فالجواب فيه) أي في الهلاك (كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي في فصل الإقرار و الانكار فان كان عن إقرار رجع بعد الهلاك بالمدعي و إن كان عن انكار رجع بالدعوى (قال) أي القدوري (و إن ادعى حقاً في دار و لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقى) أي في الذي بقى بعد الاستحقاق (بخلاف ما إذا استحق كله) يعني جميع الدار (لأنه يعرى العوض) أى بدل الصلح (عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع) أى المدعى عليه (بكله) أى بكل العوض (على ما قدمناه في البيوع) أي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع (و لو ادعى داراً و صالح على قطعة منها) أي من الدار (لم يصح الصلح) و به قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه (لأن ما قبضه من عين حقه

=> إذا استحقت بعد الافتراق فان الصلح يبطل و إن كان قبله رجع بمثلها و لا يبطل الصلح كالفلوس كذا فى البحر و فى تقريرات الرافعى (قوله و لا يبطل كالفلوس) فانه لو صالحه من الدراهم على فلوس و قبضها ثم استحقت يرجع بالدراهم كما فى الحاوى سندى لكن نقل ذلك فى الصلح عن إقرار. (١) فرجع. ن. فيرجع.

و هو على دعواه في الباقي و الوجه فيه أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراء ة عن دعوى الباقي

و هو على دعواه في الباقي) أي في باقي الدار و قال المصنف رحمه الله تعالى (و الوجه فيه) أي و الحيلة (١) في صحة الصلح (أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به) هو الوجه الثاني أي أو أن يلحق بهذا الصلح (ذكر (٢) البراء ة عن دعوى الباقي) بأن يقول قد برئت من دعواى في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك و جآء ببينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار فهذا و أمثاله باطل و له أن يخاصم فيها بعد ذلك و فرق بين قوله برئت و بين قوله ابرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى و عن هذا قالوا لو ان عبداً في يد رجل لو قال له آخر برئت منه كان بريئا منه و لو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه و إنما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة.

(١)و الحيلة الخ و في الدر المختار و حيلة صحته ما ذكره بقوله (إلا بزيادة شئ) آخر كثوب و درهم (في البدل) فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي (أو) يلحق به (الابراء عن دعوى الباقي) لكن ظاهر الرواية الصحة مطلقا شرنبلالية و مشي عليه في الاختيار و عزاه في العزمية للبزازية و في الجلالية لشيخ الاسلام و جعل ما في المتن رواية ابن سماعة اه و في رد المحتار على الدر المختار (قوله مطلقا) أي سواء وجد أحد الأمرين أو لم يوجد فلا يسمع دعوى الباقي ح. (٢)ذكر البراءة و في الشامية قيد بالابراء عن دعواه لأن الابراء عن عينه غير صحيح كذا في المبسوط ابن ملك بأن يقول برئت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى هذه الدار فلا تسمع دعواه و لا بينته و أما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فانه باطل و له أن يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فانه يبرأ و لو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمانه كما في الاشباه من أحكام الدين قلت ففرقوا بين أبرأتك و برئت أو أنا برئ لاضافة البراءة لنفسه فتعم بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزيا للولوالجية شرح الملتقى و في البحر الابراء إن كان علي وجه الانشاء فان كان عن العين بطل من حيث الدعوى فله الدعوى بها على المخاطب وغيره و يصح من حيث نفي الضمان فان كان عن دعواها فان أضاف الابراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أو عن دعواى فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط و إن أضافه إلى نفسه كقوله برئت عنها أو أنا برئ فلا تسمع مطلقا هذا لو على طريق الخصوص أي عين مخصوصة فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره كما لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى و له أعيان قائمة له الدعوى بها لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان و أما إذا كان على وجه الاخبار كقوله هو برئ مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين و العين فلا تسمع الدعوى و كذا لا ملك لي في هذه العين ذكره في المبسوط و المحيط فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا و لا دعوى يمنع الدعوى بالعين و الدين لما في المبسوط لا حق لي قبله يشمل كل عين و دين فلو ادعى حقا لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اه ما في البحر ملخصا.

فصل

و الصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر و المنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح و الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه و أشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد (١) ما أمكن قال و يصح عن جناية العمد

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يجوز عنه الصلح و ما لا يجوز (و الصلح (٢) جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدوري (لأنه) أى لأن الصلح (في معنى البيع) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه (على ما مر) في أول كتاب الصلح (و المنافع) بالجر عطف على الأموال و هو من تمام لفظ القدوري أي و الصلح ايضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به و صالحه على شيء جاز لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة فكذا بالصلح (لأنها) أي لأن المنافع (تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أي فكذا تملك بالصلح (و الأصل) أي في هذا الفصل (أن الصلح يجب (٣) حمله على أقرب العقود اليه و أشبهها به) أي و أشبه العقود بالصلح (احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن) أي بقدر الإمكان فان كان عن مال بمال اعتبر بالبياعات و إن كان على منافع اعتبر بالإجارات (قال) أي القدوري (و يصح عن جناية العمد

(١)العاقد. ن. العاقل. (٢)الصلح جائز الخ و في الدر المختار (و صح) الصلح (عن دعوى المال مطلقا) و لو باقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) و لو بمنفعة عن جنس آخر اه و في رد المحتار على الدر المختار (قوله و لو باقرار) أى صح الصلح عن دعوى المال و لو كان الصلح باقرار المدعى عليه و سواء كان الصلح عنه أى عن المال بمال أو بمنفعة (قوله أو بمنفعة) أى و لو بمنفعة (قوله و عن دعوى المنفعة) صورة دعوى المنافع أن يدعى على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد و أنكر الورثة لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى إستئجار عين و المالك ينكر ثم صالح لم يجز اه و في الاشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما في المستصفى اه رملي و هو مخالف لما في البحر تأمل (قوله عن جنس آخر) كالصلح عن السكنى على خدمة العبد بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى فلا يجوز كما في الغيني و الزيلعي قال السيد الحموي لكن في الولوالجية ما يخالفه حيث قال و إذا ادعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز و إجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال و انما كان كذلك لأنهما أى البيع و الاجارة ينعقدان تمليكا بتمليك اه أبو السعود ذكره ابن ملك في شرح النقاية مخالفا لما ذكره في شرحه على المجمع قال في اليعقوبية و الموافق للكتب ما في شرح المجمع اه و في تقريرات الرافعي جعل عبد الحليم المعول عليه ما في الولوالجية و نقله عن عدة كتب فانظره اه. (٣)يجب حمله الخ أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين و يجوز كما صرحوا به فامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل كذا في النتائج.

و الخطأ أما الأول فلقوله تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع﴾ الآية قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه إنها نزلت في الصلح و هو بمنزلة النكاح

و الخطأ) و كذا عن كل حق يجوز أخذ العوض عنه بلا خلاف (أما الاول) أي الصلح عن جناية العمد (فلقوله تعالى ﴿فمن (١) عفى له من أخيه شيء فاتباع﴾ الآية) و في التفسير للآية معنيان أحدهما ما قاله ابن عباس و الحسن و الضحاك رحمهما الله تعالى "فمن عفى له" أي من أعطى له من دم أخيه المقتول شيء من المال بسهولة بطريق الصلح فاتباع أي فلولى القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة و حسن معاملة و أداء أى و على المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل بإحسان في الاداء و هذ ظاهر فى الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد و المعنى الثاني و هو مروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما فمن عفى عنه و هو القاتل من أخيه في الدين و هو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالاً و هو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه و أداء اليه باحسان أى و ليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً فلهذا قال المصنفؒ (قال (٢) ابن عباس رضى الله تعالى عنهما إنها نزلت في الصلح) أي ان هذه الآية نزلت في الصلح أي عن دم العمد (و هو بمنزلة النكاح) أي الصلح عن جناية العمد بمنزلة النكاح و في المبسوط (٣) كل ما يصلح أن يكون صداقا في النكاح يصلح أن يكون عوضا في الصلح عن القصاص لأنه

---

(١)فمن عفى له الآية البقرة ١٧٨. (٢)قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه الخ و فى الدر المنثور أخرج عبد بن حميد و ابن جرير و الحاكم و صححه و البيهقى فى سننه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه (فمن عفى له) قال هو العمد يرضى أهله بالدية (فاتباع بالمعروف) أمر به الطالب (و أداء اليه باحسان) قال يؤدى المطلوب باحسان (ذلك تخفيف من ربكم و رحمة) مما كان على بنى اسرائيل و أخرج ابن ابى حاتم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه (فمن عفي له من أخيه شئ) بعد أخذ الدية بعد استحقاق الدم و ذلك العفو (فاتباع بالمعروف) يقول فعلى الطالب اتباع بالمعروف إذا قبل الدية (و أداء إليه باحسان) من القاتل في غير ضرر و لا فعلة المدافعة (ذلك تخفيف من ربكم و رحمة) يقول رفق و أخرج عبد الرزاق و سعيد بن منصور و ابن ابى شيبة و البخارى و النسائى و ابن جرير و ابن المنذر و ابن ابى حاتم و النحاس فى ناسخه و ابن حبان و البيهقى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنها قال كان فى بنى اسرائيل القصاص و لم يكن فيهم الدية فقال الله لهذه الامة (كتب عليكم القصاص فى القتلى) إلى قوله (فمن عفى له من أخيه شئ) فالعفو أن تقبل الدية فى العمد (فاتباع بالمعروف و أداء إليه باحسان) يتبع الطالب بالمعروف و يؤدى إليه المطلوب باحسان (ذلك تخفيف من ربكم و رحمة) مما كتب على من كان قبلكم (فمن اعتدى بعد ذلك) قتل بعد قبول الدية (فله عذاب أليم). (٣)المبسوط للسرخسيؒ ص ١١ ج٢١.

حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلاً ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية ههنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم و لو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو و في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لأنه الموجب الأصلي و يجب مع السكوت عنه حكماً و يدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس و ما دونها

مال يستحق عوضاً عما ليس بمال بالعقد و هو معنى قوله (حتى ان ما (١) صلح مسمى فيه) أي في النكاح (صلح ههنا) أي في الصلح عن جناية العمد (اذ كل واحد منهما) أي من النكاح و الصلح عن جناية العمد (مبادلة المال بغير المال) و هو ظاهر (إلا عند فساد التسمية ههنا) هذا استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أي لكن عند فساد التنسمية في الصلح عن جناية العمد بأن صالح على ثوب أو دابة غير معينين (يصار الى الدية) أي في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لأنه وجب بعقده فكان عليه خاصة (لأنها) أي الدية (موجب الدم و لو صالح على خمر لا يجب شئ) لأنه لما لم يسم مالاً متقوماً صار ذكره و السكوت عنه سيين و لو سكت لبقي العفو مطلقاً و فيه لايجب شئ فكذا في ذكر الخمر (لأنه) أي لأن المال (لا يجب بمطلق العفو) فلا يكون من ضرورة الصلح عن العود وجوب المال فإنه لو عفا و لم يسم مالاً لم يجب شئ فصار ذكر الخمر و عدمه سواء فبقي مطلق العفو عن القصاص و في مطلق العفو عن القصاص لا يجب شئ فكذا في ذكر الخمر فى الصلح (و في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل فساد التسمية للجهالة و في فصل ذكر ما لا يصلح مهراً كالخمر لأن النكاح لم يشرع بلا مال (لأنه) أي لأن مهر المثل (الموجب الأصلي) في النكاح (و يجب) أي مهر المثل (مع السكوت عنه) أي عن ذكر المهر (حكماً) أي شرعاً لقوله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ (و يدخل في إطلاق جواب الكتاب) أي القدوري و هو قوله و يصح عن جناية العمد و الخطأ (الجناية في النفس و ما دونها) لأن الجناية أعم من أن تكون واقعة على النفس أو مادونها

---

(١) ان ما صلح الخ قال الشراح فى شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا و لا ينعكس هذا أى لا يقال كل ما يصلح بدلا فى الصلح يصلح مسمى فى النكاح فان هذا العكس غير لازم و لا ملتزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح و إن لم يصلح ما دون العشرة صداقا و لأنه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز و إن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم و بدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوما و القصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم كذا فى النتائج.

و هذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك و لا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه و إذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنه تبطل بالاعراض و السكوت و الكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين

و قال شمس الأئمة البيهقي رحمه الله تعالى في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في النفس و ما دونه على أكثر من دية و في الخطأ لا يجوز على الزيادة لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال فجاز كيفما كان و في الثانية الواجب مال مقدر شرعاً بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه (و هذا) أي الصلح عن جناية العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال) و هو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى (حيث لا يصح) هذا الصلح فتبطل الشفعة و لا يجب المال و به قالت الأئمة الثلاثة (لأنه) أي لأن حق الشفعة (حق التملك) و لا حق في المحل قبل التملك) أى لا حق للشفيع في الدار المشتراة قبل أن يأخذه بالشفعة أصلا و أخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام (أما القصاص فملك المحل في حق الفعل) أي في حق فعل القصاص (فيصح الاعتياض عنه) لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحاً (و إذا لم يصح الصلح) أي عن حق الشفعة (تبطل الشفعة لأنه تبطل بالاعراض والسكوت) و قوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معلوم فإن الصلح من الشفيع فيه جائز و عن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصح فان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة و في المبسوط (١) صلح الشفيع على ثلاثة أوجه في وجه يصح وهو أن يصالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن و في وجه لا يصح و لا تبطل شفعته و هو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الداربحصته من الثمن لايصح لأن حصته مجهولة و لا تبطل شفعته لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح و فى وجه تبطل شفعته و لا يجب المال و هو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى فهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة و لا يجب المال و قد ذكرناه (و الكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) أى فى عدم جواز الصلح (حتى لا يجب المال بالصلح عنه) أي عن الكفالة بالنفس صورته صالح المكفول له الكفيل على شيء من المال على أن يخرجه عن الكفالة لا يصلح الصلح و لا نعلم فيه خلافاً (غير أن في بطلان الكفالة روايتين) ففي

(١)المبسوط للسرخسيّ ص١٦٣ ج٢٠.

على ما عرف في موضعه و أما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة (١) على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال و إنما يتقوم بالعقد و هذا إذا صالح على أحد مقادير الدية أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين و لو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة

رواية أبي حفص تبطل الكفالة وبه يفتى و في رواية أبي سليمان لا تبطل (على ما عرف في موضعه) قال الأترازي أي في المبسوط و قال الكاكي أبي في كتاب الشفعة والحوالةو الكفالة (و أما الثاني و هو جناية الخطأ) هذا عطف على قوله أما الأول و أراد بالثاني الصلح عن جناية الخطأ فإنه يجوز (فلأن موجبها) أى موجب جناية الخطأ (المال فيصير (٢) بمنزلة البيع) فجاز أن يقع في مقابلتها عوض من المال (إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية لأنه) أي لأن قدر الدية (مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله) أى إبطال قدر الدية (فترد الزيادة) على قدر الدية لئلا يلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي (بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم) أى القصاص (بالعقد) لأن المال لم يجب بالعمد و إنما وجب بالعقد كالنكاح فيتقوم بقدر ما دفع عليه العقد قل أو كثر (و هذا) اي عدم صحة الزيادة على قدر الدية (إذا صالح على أحد مقادير الدية) كالإبل و الذهب و الفضة و هي انوا ع الدية (أما إذا صالح على غير ذلك) أي على غير مقادير الدية بأن صالح على مكيل أو موزون (جاز) أى الصلح على الزيادة (لأنه) أى لأن الصلح (مبادلة بها) أي بالدية (إلا انه يشترط القبض) أى قبض بدل الصلح (في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين) أى عن دين الدية بدين بدل الصلح و هذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما إذا لم يقض القاضي بذلك (و لو قضى القاضي بأحد مقاديرها) أى مقادير الديه مثل أن يقضي القاضي بألف دينار (فصالح على جنس آخر منها بالزيادة) بأن صالح

---

(١)بالزيادة. ن. الزيادة. (٢)فيصيربمنزلة البيع أقول فيه شئ و هو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه المدعى على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه و أسقط باقيه وسيأتى ذلك فى الكتاب أيضا فى باب الصلح فى الدين و لا يخفى أن الصلح عن جناية الخطأ إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل أن يقضى القاضى باحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضي القاضى به بعد أن قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل كذا فى النتائج.

جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال و لا يجوز الصلح من (١) دعوى حد لأنه حق الله تعالى لا حقه و لا يجوز الإعتياض من حق غيره و لهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لاحقها و كذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه

على خمسة عشر ألف درهم (جاز) أي الصلح (لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة) أي مبادلة خمسة عشر ألف درهم بألف دينار و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز (بخلاف الصلح ابتداء) أى لا يحوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبل قضاء القاضي على نوع آخر منها (لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين) بالشرع (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يجوز) أي الصلح (عن دعوى حد لأنه حق الله تعالى لاحقه) حق العبد صورته رجل أخذ زانياً أو سارقاً أو شارب الخمر و أراد أن يرافعه إلى الحاكم فصالح المأخوذ على مال على أن لا يرافعه إلى الحاكم فهو باطل و لا نعلم فيه خلافاً (و لا يجوز الاعتياض عن حق غيره) لأن هذا حق الله تعالى لاحق العبد و الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فيرد ما أخذه (و لهذا) أي و لعدم جواز الاعتياض عن حق الغير (لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه) أي النسب (حق الولد لا حقها) أي لا حق الزوجة صورته ادعت إمرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه منها و جحد الرجل و لم تدع المرأة بالنكاح و قالت إنه قد طلقني و أقر الزوج انه قد طلقها و بانت فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للأم اسقاطه كذا في شرح القدوري و نسب هذه الرواية إلى أبي يوسف رحمه الله تعالى في الإيضاح و قال النسب حق الصبي فلا تملك الأم اسقاطه بعوض و بغير عوض (و كذا لا يجوز الصلح عما اشرعه إلى طريق العامة لأنه حق العامة (فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه) قيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح (٢) و قيد بقوله واحداً على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين و يضعها في بيت المال لأن اعتياض الإمام عن الشركة العامة جائز و لهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح

---

(١)من. ن. عن. (٢)جاز الصلح لأن الطريق مملوكة لأهلها فينظر في حق الافراد و الصلح معه مفيد لأنه يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين كذا في البتيين و العناية.

و يدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المغلب فيه حق الشرع قال و اذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً و هي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز و كان في معنى الخلع لأنه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه و في جانبها بذلاً للمال لدفع الخصومة قالوا و لا يحل له أن يأخذ فيما بينه و بين الله تعالى إذا كان

(و يدخل في اطلاق الجواب حد القذف) أي يدخل حد (١) القذف في اطلاق جواب القدوري و هو قوله و لاجوز الصلح من دعوى حد لأن الحد بإطلاقه يشمل كل حد (لأن المغلب فيه) أي لأن الغالب في حد القذف (حق الشرع) و لهذا لا يورث و لا يسقط بالعفو عندنا و أخذ العوض على حق الغير لا يجوز و عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و إن كان المغلب فيه حق العبد ولكنه حق غير مالي فلا يجوز أخذ العوض عنه و قال شمس الائمة البيهقي رحمه الله تعالى في الكفاية صالح من حد القذف على مال لا يصح و يسترد المال لأن المغلب حق الله تعالى كما لو أخذ مرتكب كبيرة فصالحه على أن لا يرافعه إلى السلطان و قال ايضاً دفع مالاً إلى شاهد لئلا يشهد فهو باطل و يسترد المال و يصير الشاهد فاسقاً لا تقبل شهادته إلا إذا تاب كسائر الفسقة (قال) أي القدوريّ (و إذا ادعى رجل على امرأة (٢) نكاحاً و هي تجحد) أي المرأة تنكر (فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز) أي هذا الصلح يعني نفذ هذا الصلح في الظاهر فأما فيما بينه و بين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه كذا في شرح الاقطع و يجيء الآن أيضاً (و كان (٣) في معنى الخلع أي في زعم الزوج إذ الخلع بلفظ المرأة صحيح و به قال بعض أصحاب أحمد رحمه الله تعالى وقال بعض أصحابه لا يجوز (لأنه أمكن تصحيحه خلعاً من جانبه) أى جانب الرجل (بناء على زعمه و في جانبها) أى جانب المرأة (بذلاً للمال لدفع الخصومة قالوا) أي المشايخ المتأخرونّ (و لا يحل (٤) له أن يأخذ فيما بينه و بين الله تعالى إذا كان) أي الرجل

---

(١) حد القذف و فى التبيين لو صالح القاذف مع المقذوف بشئ على أن يعفو عنه و لا يخاصمه فهو باطل.

(٢) إمرأة أى غير مزوجة لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح و ليس عليها العدة ولا تجديد النكاح مع زوجها كما فى العمادية قهستاني كذا فى الشامية و فى تقريرات الرافعى قال الرحمتيّ قوله غير مزوجة يشمل ما إذا ادعى أنها زوجته قبل أن يتزوجها هذا الزوج الموجود فى حال الدعوى لأنه حين ادعى النكاح ادعاه على غير مزوجة أما لو ادعى أنه تزوجها فى حال قيام الزوجية لم تصح دعواه فلا يصح صلحه لعدم تأتى كونه خلعا و كذا لو لم يحل له تزوجها كتزوج أختها و أربع سواها الخ. (٣) و كان فى معنى الخلع ظاهره أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد أما إذا كان عن إقرار فظاهر و أما إذا كان عن انكار أو سكوت فمعاملة له بزعمه فتدبر. ط كذا فى الشامية. (٤) و لا يحل الخ و يحل لها التزوج لعدم الدخول كذا فى الدر المختار.

مبطلا في دعواه قال و إن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لهاجاز قال هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر و في بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة و إن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

(مبطلا في دعواه) و في النهاية هذا عام في جميع انواع الصلح بدليل ما ذكر في كتاب الإقرار و لو أقر لغيره بمال و المقر له يعلم انه كاذب لا يحل له أخذ ذلك المال ديانة إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تمليكاً بطريق الهبة ابتداء و به قالت الائمة الثلاثة رحمه الله تعالى (قال) أى القدوريّ (و إن (١) ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) هذا لفظ القدوري (قال) أي المصنفّ (هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر) أي هكذا ذكره القدوريّ في بعض نسخ المختصر يعني قال جاز هذا الصلح (و في بعضها) أى و في بعض نسخ مختصر القدوري (قال) أى القدوريّ (لم يجز) أي لم يجز هذا الصلح و قال الاترازيّ و رأيت في نسخة ثقة من نسخ القدورى مكتوبة فى تاريخ سنة خمس و عشرين و خمسمائة عدم الجواز (وجه الأول) أى وجه جواز الصلح الذى ذكره (أن يجعل زيادة في مهرها) يعني يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة (وجه الثاني) أي وجه عدم الحواز (انه بذل لها المال) أى أن الرجل اعطى للمرأة المال (لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) إذ لا عوض فى الفرقة من جانب الزوج إذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة و إنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها و تتخلص عن الزوج (و إن لم يجعل) أى فرقة (فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى) يعني تكون هي على دعواها (فلا شيء يقابله العوض) يعني فلا يكون ما أخذته عوضاً عن شيء (فلم يصح) أى الصلح لأنه رشوة محضة من غير دفع خصومة و يلزمها رده و إنما قلنا فلا شيء يقابله العوض لأن النكاح ما ثبت ضمناً و هي لم تترك الدعوى لأن الفرقة لم توجد فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح

(١) و إن ادعت الخ و فى الدر المختار و لو ادعت المرأة النكاح على رجل فصالحها لم يصح وقاية و نقاية و درر و ملتقى و صححه فى المجتبى و الاختيار و صحح الصحة فى درر البحار اه و فى رد المحتار (قوله لم يصح) و أطال صاحب غاية البيان فى ترجيحه حموى (قوله فى درر البحار) و أقره فى شرحه غرر الأفكار و عليه اقتصر فى البحر فكان فيه اختلاف التصحيح و عبارة المجمع أو ادعت منع نكاحه فصالحها جاز و قيل لم يجز.

قال و إن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز و كان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه و لهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل و في حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الاصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل و يثبت الولاء قال و إذا قتل العبد المأذون له رجلا عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه و إن قتل عبد له رجلا عمداً فصالح عنه جاز و وجه الفرق ان رقبته ليست

فلم يفد دفع المال فائدة فلا يجوز (قال) أى القدوريّ (و إن ادعى على رجل) مجهول الحال (أنه عبده) فأنكر الرجل أنه عبده (فصالحه) بعد الانكار (على مال أعطاه جاز و كان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أقرب العقود إليه شبهاً بالعتق على مال فيجعل في منزلته (لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه فى حقه) أى في حق المدعى (لزعمه و لهذا) إيضاح لقوله و كان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال (يصح على حيوان في الذمة إلى (١) أجل) و لو كان مبادلة لما صح ألا ترى انه لا يصح السلم في الحيوان أما الإعتاق على حيوان فصحيح فعلم أنه بطريق الاعتاق على مال (و في حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه) أى لأن المدعى عليه (يزعم انه حر الأصل فجاز إلا انه لا ولاء له) أى للمدعى (لانكار العبد إلا أن يقيم البينة) بعد الصلح على انه عبد (فتقبل و يثبت الولاء) لأنه صالحه على مال بعد كونه عبدا له فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال فيثبت الولاء (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً (٢) لم يجزله) أي لم يجز للعبد المأذون له (أن يصالح عن نفسه) على مال سواء كان عليه دين أو لا و مع فساد الصلح لايجوز لولى القتيل أن يقتله بعد الصلح لأنه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو و لم يجب البدل في حق المولى فتأخر البدل إلى ما بعد العتق (و إن قتل عبد له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (و وجه الفرق) أي بين المسألتين (أن رقبته) أى رقبة العبد المأذون له (ليست) حاصلة

---

(١)إلى أجل للتاكيد فان ما لا يثبت دينا فى الذمة لا يثبت بذكر الأجل المعلوم كما فى السلم و السلم لا يجوز فى الحيوان فيكون ذكر الأجل مؤكدا لنفي وجوب الحيوان دينا فى الذمة كذا فى الكفاية. (٢)عمدا قيد به لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز لأنه يسلك به مسلك الاموال كذا فى الشامية أقول ظاهر ما ذكره المصنفّ من وجه الفرق "أن رقبته ليست من تجارته" يشير إلى أن الخطأ كالعمد إذ موجبه الدفع أو الفداء و هذا ليس من التجارة و لا توابعها فعلى هذا لو قتل خطأ و صالح ولى الجناية على ثوب و لم يجز الصلح المولى و اختار أحد الأمرين يكون الصلح غير نافذ و له دفع ما اختار كما فى تقريرات الرافعي.

من تجارته و لهذا لا يملك التصرف فيها بيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته و تصرفه نافذ فيه بيعاً فكذا استخلاصاً و هذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه و هذا شراء ه فيملكه قال و من غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه

(من تجارته و لهذا لا يملك التصرف فيها) أي في رقبته (بيعاً) أى من حيث البيع قيد بالبيع لأنه يملك التصرف فيه باجارة كذا ذكره التمرتاشي (فكذا) أي فكذا لا يملك التصرف (استخلاصاً) أي من حيث استخلاص رقبته (بمال المولى وصار كالأجنبي) أي وصار العبد المأذون له كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى و الأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذن لا يجوز فكذا هذا (أما عبده) أى عبد العبد المأذون له (فمن تجارته) و كسبه (و تصرفه نافذ فيه) أى فى عبده (بيعاً) أي من حيث البيع (فكذا) أي فكذا تصرفه نافذ (استخلاصاً) أي من حيث استخلاص رقبته (و هذا) أى جواز تصرفه فى عبده استخلاصا (لأن المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى و لهذا كان له أن يتلفه (و هذا شراؤه) أي استخلاصه بالصلح كأنه شراؤه (فيملكه) أي فيملك ذلك بخلاف نفسه فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح و طولب بالفرق بينه و بين المكاتب فانه لو قتل عمداً رجلا و صالح عن نفسه جاز و أجيب بأن المكاتب حر يدا و أكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه و كسبه لمولاه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من غصب ثوباً يهودياً) قال (٢) الأكمل يهود قوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي و قال الكاكي و الذي يظهر لي أن لفظ يهود هنا اسم موضع ينسب اليه الثوب المعلوم القيمة (قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها) أى من قيمته (على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) هذا وضع المسألة فى الجامع و أما وضع المسألة في الأصل ففي العبد و كذا الخلاف في كل ما لا مثل له (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى قيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالبا و قيد بالثوب احترازاً عن غصب المثلي فان الصلح فيه بالدراهم و الدنانير بالزيادة يجوز بالاجماع و قيد بكونه يهودياً ليعرف قيمته إذ لا بد أن يكون الثوب المدعى به موصوفاً يعني يعرف قيمته و قيد بالاستهلاك لأن

---

(١) قال الاكمل في العناية ص ٣٩٠ ج٧.

لأن الواجب هي القيمة و هي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس و بخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبداً و ترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة و معنى لأن ضمان العدوان بالمثل و إنما ينتقل

الثوب إذا كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع و قيد بقوله على مائة درهم لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا و قبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب أما بعد القضاء لو صالح على اكثر منها لا يجوز بالإجماع (لأن الواجب هى القيمة و هي مقدرة) أي القيمة مقدرة بالنقود شرعاً (و الزيادة عليها) أي على القيمة (تكون ربا) كالصلح في الدية بأكثر من ألف دينار أو بأكثر من عشرة آلاف درهم (بخلاف ما إذا صالح على عرض) قيمته زائدة على قيمة المغصوب المتسهلك (لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس) فلا يكون ربا (و بخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن حقه) أي حق المالك (في الهالك باق) و لم يزل ملكه عنه (حتى لو كان) أى المغصوب الهالك (عبداً و ترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه) أى على المغصوب منه و لو كان آبقاً فعاد من إباقه كان مملوكاً له (أوحقه) أي حق المالك هذا هو الوجه الثاني و هو أن حق المالك (في (١) مثله) أى في مثل المغصوب الهالك (صورة و معنى) أى من حيث الصورة و من حيث المعنى (لأن ضمان العدوان بالمثل و إنما ينتقل

---

(١) فى مثله الخ يعنى أن الواجب فى ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة و معنى و هذا الحق يتصور فى القيميات فالوجه لابى حنيفة رحمه الله تعالى أن هذا إعتياض عن الثوب و الحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم و الحيوان القائم حقيقة و إنما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب و الحيوان حكما لأن الواجب فى رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان و الثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل و المثل من كل وجه هو المثل صورة و معنى و لهذا كان الواجب من جنسه فى غير الثوب و الحيوان نحو المكيلات و الموزونات و ايجاب الحيوان و الثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح و الدية إلا عند الأخذ بالقيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة و معنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم و الآخذ و الدافع لا يعرفان حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش و لا ضرورة فى الوجوب لأن الوجوب بايجاب الله تعالى و الله تعالى اعلم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب و الحيوان فيجوز كيفما كان كذا فى النتائج.

إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة قال و إذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما و هو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل و هذا بالإتفاق أما عندهما فلما بينا و الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن القيمة في العتق منصوص عليها و تقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها و إن صالحه على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل.

باب التبرع بالصلح و التوكيل به

قال و من وكل رجلا بالصلح عنه فصالح

إلى القيمة بالقضاء فقبله) أي فقبل القضاء (إذا تراضيا على الأكثر كان) أي بدل الصلح (اعتياضاً) عن حقه في العين (فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء) يعني بخلاف الصلح على الأكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة (لأن الحق قد انتقل إلى القيمة) فتكون الزيادة ربا لا محالة (قال) أي محمد رحمة الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان العبد بين رجلين اعتقه أحدهما و هو موسر (١) فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل و هذا بالاتفاق) بين أصحابنا الثلاثة (أما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (فلما بينا) أي في المسألة المتقدمة من أنه يبطل الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا و هنا كذلك (و الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى) بين المسألتين (أن القيمة في العتق منصوص عليها) لقوله عليه الصلاة و السلام من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه و بين شريكه قوم عليه نصيب شريكه (و تقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم) أي الثوب المستهلك (لأنها) أي لأن القيمة (غير منصوص عليها) فلم يقم فيه دلالة التقدير بها و لهذا يكون مخيراً بين تضمين الغاصب و إبرائه و الشريك الساكت يجبر على ازالة ملك نصيبه بالإعتاق أو بالضمان أو بالسعاية إليه أشار في المبسوط (و إن صالحه على عروض جاز) أي الصلح على الفضل (لما بينا) عن قريب (أنه لا يظهر الفضل) أي عند اختلاف الجنس فلا يتحقق الربا و الله أعلم بالصواب.

(باب التبرع (٢) بالصلح و التوكيل به)

أي هذا باب في بيان حكم التبرع بالصلح و حكم التوكيل به و لما بين صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه إذ الاول هو الاصل (قال) أي القدوري (و من وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح

---

(١)موسر قيد به لأنه لو كان معسرا يسعى العبد فى نصفه كذا فى الشامية معزوا إلى مسكين. (٢)التبرع =>

لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه و المال لازم للموكل و تأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً و معبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال و إن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال و ضمنه تم الصلح

لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أى عمن وكل و هذا في رواية المصنفؒ و روى غيره ما صالح عليه و هو بدل الصلح (إلا أن يضمنه) أى إلا أن يضمن الوكيل المال للذى صالحه (و المال لازم للموكل) أى على الموكل كما في قوله تعالى ﴿و إن أسأتم فلها﴾ أى فعليها (و تأويل هذه المسألة) هذا قول المصنفؒ يقول تأويل المسألة التي ذكرها القدوريؒ (اذا كان (١) الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه) أى المدعي (من الدين لأنه) أى لأن هذا الصلح (اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً و معبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح) فانه معبر و سفير فلا يلزمه شيء (إلا أن يضمنه) أى إلا أن يضمن الوكيل المصالح به فيلزمه (لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح على مال بمال فهو (٢) بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال) أى القدوريؒ (و إن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة (٣) أوجه إن صالح بمال و ضمنه تم الصلح) هذا

=> بالصلح الخ المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره و بالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره و التوكيل المذكور فى العنوان مصدر مبنى للمفعول فيرجع إلى معنى التوكل و هو تصرف للغير و فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هى الايماء إلى أن المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بأمر الغير الذى هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير و هو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك كذا فى النتائج. (١)إذا كان الصلح الخ هذا انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس و الصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح و الخلع وغيرهما كذا فى النتائج. (٢)فهو بمنزلة البيع الخ هذا إذا كان الصلح عن إقرار و أما إذا كان الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل فى شئ كذا فى الكفاية. (٣)أربعة أوجه و فى الشامية و وجه الحصر كما فى الدرر أن الفضولى إما أن يضمن المال أو لا فان لم يضمن فاما أن يضيف إلى ماله أو لا فان لم يضفه فاما أن يشير إلى نقد أو عرض أو لا فان لم يشر فاما أن يسلم العوض أو لا فالصلح جائز فى الوجوه كلها إلا الأخير و هو ما إذا لم يضمن البدل و لم يضفه إلى ماله و لم يشر إليه و لم يسلم إلى المدعى حيث لا يحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة إذ لم يسلم للمدعى عوض اه أقول فهذه خمس صور و جعل الصور الزيلعيؒ أربعا و ألحق المشاربالمضاف.

لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراء ة و في حقها الأجنبي و المدعي عليه سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل و يكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره و لا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي و إنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط و لا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً أو منكراً و كذلك إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح و لزمه تسليمه

الذي ذكره القدوري أحد الوجوه الاربعة و ذكر المصنف وجهه بقوله (لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراء ة) لأنه صح تعليق الاسقاط (و في حقها) أي و في حق البراء ة (الاجنبي و المدعى عليه سواء) لأن الساقط يتلاشى و مثله لا يختص بأحد فاذا كان كذلك (فصلح) أي الاجنبي أن يكون (أصيلا فيه) أى في هذا الضمان (إذا ضمنه) و اضافه إلى نفسه (كالفضولي بالخلع) من جانب المرأة (إذا ضمن البدل) أي بدل الخلع (و يكون متبرعاً على المدعى عليه) و لا يرجع عليه بشيء (كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان) أى الصلح (بأمره) أى بأمر المدعى عليه فانه لا يكون متبرعاً بل يرجع عليه بما ضمن و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يرجع إن ادى بأمره (و لا يكون لهذا المصالح) أى الاجنبى (شيء من المدعى) أى لا يصير الدين المدعى به ملكاً للمصالح و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و إن كان المدعى عليه مقراً (و إنما ذلك) أي الدين المدعى به (للذى في يده) أى في ذمته و في بعض النسخ للذى في ذمته (لأن تصحيحه) أى تصحيح الصلح (بطريق الاسقاط) لا بطريق المبادلة و الساقط يتلاشى ويضمحل (و لا فرق فيهذا) أى في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به (بين ما إذا كان) أى الخصم (منكراً أو مقراً) اما إذا كان منكراً فظاهر لأن في زعمه أن لا شيء عليه و زعم المدعي لا يتعدى اليه و أما إذا كان مقراً بالدين فبالصلح كان ينبغي أن يصير المصالح مشترياً ما في ذمته بما أدى إلا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه الدين و ذا لا يجوز و به قال أحمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في الأصح بخلاف ما لو كان المدعى به عيناً و المدعى عليه مقراً فان المصالح يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشئ من مالكه صحيح و إن كان في يد غيره (و كذلك) هذا هو الوجه الثاني من الوجوه الاربعة أى و كذلك يصح الصلح (إذا قال) أى الفضولى (صالحتك على ألفي هذه أو على عبدى هذا صح الصلح و لزمه تسليمه) أى

لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح و كذلك لو قال على ألف و سلمها لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده و لو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فإن أجازه المدعي عليه جاز و لزمه الألف و إن لم يجزه بطل لأن الاصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم يضف بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته قال و وجه آخر أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد و لم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته فيتم بقوله و لو استحق العبد أو وجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح

لزم الفضولي تسليم الالف أو العبد (لأنه لما اضافه) أى لما أضاف المال المعقود عليه (إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه) و لما لزمه التسليم بالاضافة (فصح الصلح) لأنه تم عقده (و كذلك لو قال علي ألف) هذا هو الوجه الثالث أى و كذلك يصح الصلح لو قال علي الف مطلقة (و سلمها) أى الالف (لأن التسليم اليه) أى إلى المدعى (يوجب سلامة العوض له) أى للمدعى فإذا كان كذلك (فيتم العقد) أى عقد الصلح (لحصول المقصود) و هو سلامة البدل للمدعي فإذا حصل المقصود تم العقد لا محالة (و لو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان أجاز ه المدعي عليه جاز و لزمه الالف و إن لم يجزه بطل) هذا لفظ القدوريّ و هو الوجه الرابع من الوجوه الاربعة و قال المصنفّ (لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له) لأن المدعى عليه هو المحتاج إلى إسقاط الخصومة عن نفسه (إلا أن الفضولي يصير اصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل لأن الزعيم غارم و الوفاء بالشرط لازم خصوصاً إذا كان الشرط في عقد لازم (فإذا لم يضف) أى لم يضف الضمان إلى نفسه لم يكن عليه شيء و لكنه (بقى عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته) أي على إجازة المدعى عليه فإن قبل لزمه المال و إن رد بطل الصلح (قال) أي المصنفّ و في نسخة الاترازيّ قال العبد الضعيفّ و في نسخة شيخنا العلاءّ قال رضى الله تعالى عنه (و وجه آخر) أي غير الوجوه الأربعة التي ذكرها و هو (أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد و لم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له) أي سلامة المصالح عليه للمدعي (فيتم) أي الصلح (بقوله) أى بقول المصالح ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري (و لو استحق العبد) أي الذي صالحه عليه فى هذه الصورة (أو وجد به عيباً فرده فلا سبيل له) أى للمدعى (على المصالح) و كذا

لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه و لم يلتزم شيئاً سواه فإن سلم المحل له تم الصلح و إن لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة و ضمنها و دفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان و لهذا يجبر على التسليم فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله.

باب الصلح في الدين

قال و كل شيء وقع عليه الصلح و هو مستحق بعقد المداينة

لو وجده حراً أو مكاتباً أو مدبراً (لأنه) أي لأن المصالح (التزم الإيفاء من محل بعينه و لم يلتزم شيئاً سواه) أي سوى ما عين (فإن سلم المحل له) أى للمدعى (تم الصلح و إن لم يسلم لم يرجع عليه) أى على المصالح (بشئ) و لكن يرجع بدعواه (بخلاف ما إذا صالح) أى الفضولى (على دراهم مسماة و ضمنها و دفعها ثم استحقت) أي الدراهم (أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه) أي على الذي صالحه (لأنه) أي لأن المصالح (جعل نفسه أصيلا في حق الضمان) فصار ديناً في ذمته حيث ضمنه (و لهذا) أي و لأجل ذلك (يجبر) أى المصالح (على التسليم) أى تسليم الدارهم إذا ضمنها بخلاف ما إذا لم يضمن حيث لا يجبر (فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع) أى المدعى (عليه) أى على المصالح (ببدله) أى ببدل ما سلمه و الله أعلم بالصواب.

(باب الصلح في الدين)

أي هذا باب في بيان حكم الصلح فى الدين لما (١) ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص و هو دعوى الدين لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم (قال و كل شيء وقع عليه الصلح و هو مستحق بعقد المداينة) يعنى ما وقع عليه الصلح و هو بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة التى جرت بينهما و المداينة هو البيع بالدين و إنما وضع المسألة في الدين و إن كان الحكم في الغصب كذلك حملا لأمر المسلم على الصلاح لأنه هو المشروع لا الغصب و هو نظير قوله عليه الصلاة و السلام من نام عن صلاة أو نسيها الحديث مع أن الحكم في العمد كذلك قال الكاكيّ و ههنا ينبغي أن يزاد قيد آخر و هو أن يقال و كل شيء وقع عليه الصلح و هو مستحق بعقد المداينة و لا يمكن حمله على بيع الصرف

(١)لما ذكر الخ كذا قاله الكاكيّ و قال الاتقانيّ لما ذكر الصلح مطلقا فى عموم الدعاوى ذكرهنا الصلح فى الدين لأنه صلح مقيد و المقيد بعد المطلق لأن القيد وصف زائد فى الذات اه فتأمل فى أولى العبارتين كذا فى هامش التبيين للشبليّ.

لم يحمل على المعاوضة و إنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه و أسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة و كمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكأنه أبرأه عن بعض حقه و هذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن و لا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الاولى و للبعض و الصفة في الثانية و لو صالح على ألف مؤجلة جاز و كأنه أجل نفس الحق لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير و لو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير و لا وجه له

لم يحمل على المعاوضة لأنه لو أمكن حمله على بيع الصرف مع انه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعاوضة لا على اسقاط البعض (لم يحمل على المعاوضة) لما فيه من الربا (و إنما يحمل) أى الصلح (على أنه استوفى بعض حقه و أسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة و كمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة (١) زيوف جاز) أى الصلح (فكأنه) أى فصار كأنه (أبرأه عن بعض حقه و هذا) أى عدم الحمل على المعاوضة (لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن و لا وجه لتصحيحه معاضة لافضائه إلى الربا فجعل إسقاطاً للبعض) أي لبعض الدين (في المسألة الأولى) و هي مسألة مصالحة الألف بخمسمائة (و للبعض) أي و جعل إسقاطا لبعض الدين (و الصفة) أى و إسقاطاً للصفة (في الثانية) أى في المسألة الثانية و هي مصالحة الالف الجياد بخمسمائة زيوف (و لو صالح على الف مؤجلة جاز) أى الصلح يعني لو صالح الطالب المطلوب عن ألف درهم حالة على الف درهم مؤجلة جاز لما قلنا إن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن (و) صار (كأنه أجل نفس الحق لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز) شرعاً لأن ذلك بيع الدين بالدين (فحملناه على التأخير) أى تأخير الدين لأن التأخير تصرف في حقه لا في حق غيره (و لو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز) هذا لفظ القدورى أى لو صالح الطالب المطلوب عن الدراهم الحالة على دنانير مؤجلة لم يجز هذا الصلح لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله) أى حمل الأجل (على التأخير) أى تأخير الحق لأن حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير (و لا وجه له

---

(١) خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر و الصفة و مستوفيا لبعض حقه أو مؤخرا لأن من استحق الجياد يستحق الزيوف كذا في التبيين.

سوى المعاوضة و بيع الدراهم بالدنانير نسئاً لا يجوز فلم يصح الصلح قال و لو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل و هو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ماحطه عنه و ذلك اعتياض عن الاجل و هوحرام و إن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة و هي زيادة (١) وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة و زيادة وصف و هو ربا بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لأنه اسقاط بعض حقه قدراً و وصفاً و بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين و هو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل و لا معتبر بالصفة إلا انه يشترط القبض في المجلس و لو كان عليه ألف درهم و مائة دينار فصالح على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن

سوى المعاوضة و بيع الدراهم بالدنانير نسئاً) أى بالاجل و التاخير (لا يجوز) لأنه يؤدى إلى الربا (فلم يصح الصلح قال) أى القدوري (و لو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل و هو) أى المعجل (غير مستحق بالعقد فيكون) أي تعجيل الخمسمائة التي كانت عوضا عن الاجل (بإزار ما حطه عنه) فيكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة (و ذلك اعتياض عن الاجل و هو حرام) ألا ترى أن ربا النساء حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل فلأن تحرم حقيقته اولى و به قالت الائمة الثلاثة و اكثر العلماء رحمهم الله تعالى (و إن كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز) المراد من السود الدراهم المضروبة من النقود السوداء (لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة و هي زائدة وصفا) أى البيض زائدة من حيث الوصف (فيكون معاوضة الالف بخمسمائة و زيادة وصف فيكون ربا) و في بعض النسخ فهو ربا (بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود) حيث يجوز (لأنه إسقاط بعض حقه قدراً و وصفاً) أى من حيث القدر و الوصف (و بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين و هو أجود) أي بدل الصلح أجود من الدين حيث يجوز و معناه ما قاله في شرح الكافي و لوكان له عليه الف درهم غلة فصالحه منها على الف درهم بخية حالة فإن قبض قبل أن يفترقا جاز و ان تفرقا قبل أن يقبض بطل (لأنه معاوضة المثل بالمثل و لا معتبر بالصفة إلا انه يشترط القبض في المجلس) لأنه بمنزلة بيع الصرف و البخية اسم لما هو أجود من السود (و لو كان عليه الف درهم و مائة دينار فصالح على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن

(١) زيادة وصف. ن. زائدة وصفا.

أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها و الدراهم إلا مائة و تأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد و لأن معنى الاسقاط فيه ألزم قال و من له على آخر الف درهم فقال أد إلي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الالف و هوقول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على و هي للمعاوضة و الاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء و لهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط

ان يجعل اسقاطاً للدنانير كلها و الدراهم إلا مائة و تأجيلا للباقي) يعني يحمل على أنه اسقاط حقه في الدنانير أصلا و اسقط حقه في الدراهم إلا مائة و إذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة (فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد) و تحرزاً عن الربا (و لأن معنى الاسقاط فيه) أي في الصلح (الزم) لأن مبني الصلح على الحطيطة و الحط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من له على آخر الف درهم) أى حالة (فقال أد إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو برئ) أي من الفضل (فان لم يدفع اليه خمسمائة غداً عاد عليه الالف و هو قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يعود عليه) أى الألف (لأنه ابراء مطلق) فتثبت البراءة مطلقا أعطى أو لم يعط (ألا ترى أنه جعل اداء الخمسمائة عوضاً) أي عن الإبراء (حيث ذكره بكلمة (١) على و هي للمعاوضة) أى كلمة على للمعاوضة (و الاداء (٢) لا يصلح عوضاً) لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها (لكونه (٣) مستحقاً عليه) لم يستفد به شيء لم يكن و إذا كان كذلك (فجرى وجوده) أى وجود جعل الاداء عوضا (مجرى عدمه فبقى الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء) بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الف على أن تؤدى إليّ غداً خمسمائة (و لهما) أى لابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن هذا إبراء مقيد بالشرط) أى بشرط مرغوب فيه فيكون

---

(١) بكملة على وفى النتائج قلت الباء فى بكلمة على فى قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما فى قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر اداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التى للمعاوضة. (٢) و الاداء لا يصلح الخ لأنه واجب عليه قبل الصلح و هو لم يذكر للابراء عوضا سواه و العوض هو المستفاد بالعقد و لم يستفد شيئا فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كذا فى التبيين. (٣) لكونه مستحقا عليه أى قبل الصلح بحكم المداينة و العوض ما يجب بالشرط و أداء الخمسمائة غدا كان واجبا قبل الشرط فلم يصح الشرط لعدم الفائدة فبقى الابراء مطلقا كذا فى الكفاية.

فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد و انه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح منه و كلمة على ان كانت للمعاوضة فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه أو لأنه متعارف و الابراء مما يتقيد بالشرط

إبراء مقيدا (فيفوت بفواته) أى فيفوت الابراء عند فوات الشرط فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي و إنما قلنا انه مقيد بالشرط (لأنه (١) بدأ بأداء الخمسمائة في الغد و انه يصلح غرضاً حذار (٢) افلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه) فصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى (و كلمة على إن كانت للمعاوضة) وضعا (فهى (٣) محتملة للشرط) مجازا (لوجود معنى المقابلة فيه) أى في الشرط فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين و قد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فاذا كان كذلك (فيحمل عليه) أى على الشرط (عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه) و قال الاكملؒ و كانه منهما قول بموجب العلة أى سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافى أن يكون مقيداً بوجه آخر و هو الشرط (أو لأنه (٤) متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين إما لوجود المقابلة و إما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً لابراء الباقي و المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فصار كما لو قال إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا (و الابراء مما (٥) يتقيد بالشرط) هذا جواب عما يقال

---

(١)لأنه بدأ الخ فكأنه قال إن اديت إلى نصفها غدا فانت برئ. (٢)حذار الافلاسه أقول يجوز أن يقع المفعول له معرفة كما فى قولك خرجت مخافة الشر و قوله حذار افلاسه من هذا القبيل اه كذا فى هامش التبيين. (٣)فهى محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه بيان مجوز الاستعارة و هو أن فى المعاوضة مقابلة العوض بالمعوض و فى الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجاز أن تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل الكلام على القلب تصحيحا للشرط عند تعذر الحمل على الظاهر و بدلالة حال المتكلم إذ مقصوده الحمل على الاداء كذا فى الحواشى. (٤)أو لأنه متعارف الأقرب أن يكون قوله لأنه متعارف معطوفا على الأقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه و إن كان الظاهر من كلام اكثر من الشراح أن يكون معطوفا على قوله لوجود الخ فمعنى كلام المصنفؒ فيحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل أو لأن مثل هذا الشرط فى الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابله بيانا للعلاقة المصححة للتجوز و يكون قوله تصحيحا لتصرفه و قوله أو لأنه متعارف بيانا للعلة المرجحة للمحل على المجاز بوجهين كذا في النتائج. (٥)مما يتقيد الخ التفاوت بين المقيد بالشرط و المعلق به ان البراء ة فى صورة التقييد موجودة و لا كذلك فى التعليق لأن المعلق بالشرط لا وجود له قبل وجود الشرط أما المقيد موجود إلا أنه إذا لم يوجد الشرط ينعدم و البراء ة ههنا موجودة و لهذا =>

و إن كان لا يتعلق به كالحوالة و ستخرج (١) البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال و هذه المسألة على وجوه أحدها ما ذكرناه و الثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها اليّ غدا و أنت بريء من الفضل على انك إن لم تدفعها إليّ غدا فالالف عليك على حاله و جوابه أن الامر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به و الثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني الخمسمائة غداً فالابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولاً و أداء

تعليق الإبراء بالشرط مثل ان يقول لغريم أو كفيل إذا أديت او متى أديت أو إن أديت إلى خمسمائة فأنت برىء من الباقي باطل بالاتفاق و التقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزاً و تقدير الجواب أن الإبراء مما يتقيد بالشرط (و إن (٢) كان لايتعلق به) يعنى يجوز أن يكون الإبراء مقيداً بشرط مرغوب فيه و إن كان لا يتعلق به أي بالشرط حتى إذا فات الشرط انتقض الإبراء (كالحوالة) فإنها مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه حتى لو مات المحتال عليه مفلساً انتقضت الحوالة و عاد الدين إلى ذمة المحيل و لكن لا يجوز تعليق الإبراء بالشرط أصلاً لما فيه من معنى التمليك (و ستخرج البداية بالإبراء إن شاء الله تعالى) هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف رحمه الله تعالى بقوله كما إذا بدأ بالإبراء يعني نذكر الفرق بين المقيس و المقيس عليه عند قوله و الثالث إذا قال أبرأتك إلى آخره (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (و هذه المسألة) أشار به إلى قوله و من له على آخر الف درهم إلى آخره (على وجوه أحدها ما ذكرناه) و هو قوله و من له على آخر إلى آخره (و الثاني) أي الوجه الثاني (إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غداً و أنت برئ من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غدا فالألف عليك على حاله و جوابه أن الأمر على ما قال) أي بالإجماع (لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به و الثالث) أي الوجه الثالث (إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً و الإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه اطلق الإبراء اولاً و اداء

=> لا يتمكن من مطالبة الألف في اليوم و الغد إلا أنه إذا انعدم الشرط ينعدم كذا في الكافي. (١)ستخرج. ن. سنخرج. (٢)و إن كان لا يتعلق به أقول الفرق بين التقييد بالشرط و التعليق به ثابت لفظا و معنى أما لفظا فهو أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا و التعليق به يستعمل فيه ذلك و أما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يزول و إن لم يوجد الشرط و في التعليق الحكم غير ثابت في الحال و هو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط كذا في العناية.

الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً و لكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا و من حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا و الرابع اذا قال أد إليّ خمسمائة على انك بريء من الفضل و لم يوقت للأداء وقتا و جوابه أنه يصح الابراء و لا يعود الدين لأن هذا ابراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة و لا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح و الخامس إذا قال إن أديت إليّ خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحاً و تعليق البراء ة (١) بالشرط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لأنه ما أتي بصريح الشرط فحمل على.

الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقاً و لكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده) أي تقييد الإبراء (بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به) أي بالأداء (فمن حيث أنه) أى أن الاداء (لا يصلح عوضاً يقع) أى الابراء (مطلقاً و من حيث أنه) أى أن الاداء (يصلح شرطاً لا يقع) أى الابراء (مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أي الوجهان و هو ما إذا بدأ بالإبراء و ما إذا بدأ بأداء الخمسمائة (و الرابع) أي الوجه الرابع (إذا قال أد إليّ خمسمائة على أنك برئ من الفضل و لم يوقت للأداء وقتاً و جوابه أنه يصح الابراء و لا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة و لا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم) و هو ما إذا وقت للأداء وقتاً كما في قوله أد إلى غداً منها خمسمائة على انك برئ من الفضل (لأن الأداء في الغد غرض صحيح (و الخامس) أي الوجه الخامس (إذا قال إن اديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحاً و تعليق البراء ة بالشرط باطل لما فيها) أى في البراء ة (من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط) يعني ان الإبراء فيه معنى الإسقاط و معنى التمليك فاذا صرح بالتعليق يصح اعتبار شبه التمليك و إذا لم يصرح به يصح اعتبار شبه الإسقاط فإذا كان كذلك (فحمل على

(١) البراء ة بالشرط. ن. البرا آت بالشروط.

التقييد به قال و من قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره و معنى المسألة إذا قال ذلك سراً أما إذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

و إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه و إن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين

التقييد به) أي بالشرط (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عني ففعل) أى أخر دينه أو حط شيئاً من دينه (جاز) أي نفذ هذا التصرف وهو التأخير أو الحط (عليه) أى على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته فى الحال و لا مطالبة ما حط عنه و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يتمكن (لأنه) أي لأن رب الدين (ليس (١) بمكره) لأنه يمكن دفع هذا بإقامة البينة أو بالتحليف (و معنى المسألة إذا قال) أى المديون (ذلك سراً أما إذا قال علانية يؤخذ به) أي يؤخذ المقر بجميع المال في الحال بلا خلاف لأنه إقرار منه بالحق (٢).

(فصل في الدين المشترك)

أي هذا فصل في بيان حكم الدين المشترك أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد (و إذا كان الدين بين شريكين فصالح (٣) أحدهما من نصيبه على (٤) ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه و إن شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين) هذا لفظ القدوري و الاستثناء (٥) من قوله فشريكه بالخيار يعني إذا ضمن

---

(١)ليس بمكره الخ و هو نظير الصلح مع الانكار لأن كل واحد منهما لا ينافي الطوع و الاختيار فى تصرفه أقصى ما فى الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة كذا فى التبيين.
(٢)بالحق (فرع) قال الاتقانيّ و نختم الفصل بمسئلة ذكرها فى شرح الكافى فى باب الصلح فى الدين قال و لو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح و إن صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه لكنى أستحسن أن أجيزه لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه لأن مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشئ دلالة ظاهرة أنهما عرفاه أقل مما عليه و إن كانا لا يعرفان قدر ما عليه فى نفسه اه كذا فى الحاشية على التبيين. (٣)فصالح الخ أقول لا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو سكوت أو إنكار كذا فى البحر. (٤)على ثوب يعنى خلاف جنس الدين لأنه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المديون و ليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين كذا فى التبيين. (٥)و الاستثناء الخ إليه أشار الاكملّ فى العناية و كذا قاله صاحب النهاية و الاتقانى رحمهما الله تعالى و الظاهر من تقرير الكافى أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف =>

و أصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض و هذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد و الثمرة فله حق المشاركة و لكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة و قد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه و يضمن لشريكه حصته و الدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة

الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك الغير المصالح الخيار لأن حقه في الدين و لا يكون له سبيل في الثوب و إنما وضع المسألة في الدين بين شريكين لأنه إذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر فيه بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعى عليه منكراً أو مقراً لأن الصلح باقرار معاوضة من كل وجه و الصلح بانكار معاوضة فى زعم المدعى عليه فلا يثبت للشريك حق الشركة (و أصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض) أي لأن الدين ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضاً أو منقوداً (إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض) لأن الدين قبل القبض وصف شرعي و بعد القبض صار عيناً منتفعاً قابلا للتصرف و لأن الدين ليس بمال و لهذا لو حلف على أن لا مال له ديون على الناس لا يحنث و بعدما قبض صار مالاً (و هذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد و الثمرة فله حق المشاركة) في أصل الحق (و لكنه قبل المشاركة) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كالثمر و الولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركته كما في الثمر و الولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر و تقدير الجواب ما قاله و لكنه أي و لكن المقبوض قبل المشاركة أى قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض (باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة و قد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه و يضمن لشريكه حصته) ثم عرف المصنفً الدين المشترك بقوله (و الدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة

=> الثوب فتأمل فى الترجيح كذا فى السعدية و فى الكفاية استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة فى نصف الثوب و يجوز أن يكون من قوله إن شاء اتبع الذى عليه الدين بنصفه فان الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه و الاحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة.

واحدة و ثمن المال المشترك و الموروث بينهما و قيمة المستهلك المشترك فإذا عرفت هذا نقول (١) في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة و إن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال و لو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال و لو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملا

واحدة) قيد الصفقة بالواحدة لأنه لو باع باع أحدهما نصيبه بخمسمائة و الآخر نصيبه بخمسمائة و كتبا عليه صكا واحداً بألف ثم قبض أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة (و ثمن المال المشترك) أي و الدين المشترك ايضاً ثمن المال المشترك بين الاثنين (و الموروث) أى و الثمن الموروث (بينهما) أي بين الاثنين بأن مات مورثهما و له دين على رجل فورثاه (و قيمة المستهلك المشترك) بين الاثنين (فإذا عرفت هذا) لما فرغ المصنف رحمه الله تعالى من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا (نقول في مسألة الكتاب) أي القدوري (له أن يتبع الذي عليه الاصل) أي للساكت أن يتبع المديون (لأن نصيبه) أى نصيب الساكت (باق في ذمته) أى فى ذمة المديون و لم يستوفه (لأن القابض) أى المصالح (قبض نصيبه لكن له) أى للساكت (حق المشاركة و إن شاء) أى الساكت (أخذ نصف الثوب) و نصب الثوب قدر ربع الدين لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين و نصف النصف ربع لا محالة (لأن له حق المشاركة الا أن يضمن له) أى للساكت (شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك) أى لأن حق الساكت في الدين (قال) أي القدوري (و لو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا) من أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض (ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لمااشتركافي المقبوض لا بد أن يبقى الباقى على الشركة قال) أي القدورى (و لو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا) أى من غير حطيطة بيان هذا أن أحد ربى الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون

(١) نقول. ن. فنقول.

لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض و الحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه و لا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده و الاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه و بين الدين و للشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه

سلعة وجب على من اشترى سلعة مثل ما وجب له في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا (لأن مبنى البيع على المماكسة) دليل قوله صار قابضا حقه بالمقاصة كملا (بخلاف الصلح) يعنى ما إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع اليه نصف الثوب و إن شاء دفع إليه ربع الدين و عند زفر يلزمه ان يؤدى إليه ربع الدين بلا خيار (لأن مبناه) أى مبنى الصلح (على الاغماض و الحطيطة) و لهذا لا يملك بيعه مرابحة فكان المصالح بالصلح أبرأه عن بعض حقه و قبض البعض (فلو الزمناه) أى المصالح (دفع ربع الدين يتضرر) أى المصالح (به) لأنه لم يستوف نصف الدين كملا فإذا كان كذلك (فيتخير القابض كما ذكرناه) أشار به الى قوله إلا أن يضمن له شريكه أى إلا ان يضمن القابض للساكت ربع الدين (و لا سبيل للشريك) الغير القابض (على الثوب في البيع) أى فى صورة البيع (لأنه ملكه بعقده) أى لأن الذى اشترى بنصيبه من الدين ثوبا ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين و قال الاترازي لا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يعنى في صورة الشراء ولكن مع هذا لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز لأن الثوب على ملك القابض فإذا سلم إلى الشريك الساكت نصفه و رضي هو بذلك صار كأنه باع منه نصف الثوب (و الاستيفاء (١) بالمقاصة) بالرفع جواب عما يقال هب أنه ملكه بعقده إنما كان ببعض دين مشترك و ذلك يقتضي الإشتراك في المقبوض و تقرير الجواب أن يقال الاستيفاء بالمقاصة أى استيفاء الشريك الدين بالمقاصة (بين ثمنه و بين الدين) أى و بين دينه الخاص لا بدين مشترك فلا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب (و للشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) أي و للشريك الساكت اتباع المديون بحصته في صورة الصلح على الثوب و صورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير و صورة شراء السلعة (لأن حقه) أى لأن حق

(١)و الاستيفاء بالمقاصة الخ لا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لأنا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا و إنما لا تجوز قصدا و هنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء (كما وقعت فى المسألة الأولى فى ضمن صحة المصالحة) و كم من شئ يصح ضمنا و لا يصح قصدا كذا فى التبيين.

باق في ذمته لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم و لم يسلم و لو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض و لو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف و ليس بقبض و لو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام و لو أخر

الشريك الساكت (باق في ذمته) أى في ذمة المديون (لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة) في المقبوض (فله أن لا يشاركه) يعني لا يلزمه المشاركة (فلو سلم له ما قبض) أي فلو سلم الشريك الساكت للقابض ما قبضه و هو الثوب الذي هو بدل الصلح أو الثوب المشتري أو الدراهم و الدنانير المأخوذة (ثم توى) أى هلك (ما على الغريم) بأن مات مفلساً (له) أى للشريك الساكت (أن يشارك القابض لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم و لم يسلم) يعني إنما رضي بالتسليم على رجاء سلامة ما في ذمة الغريم فإذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة إذا مات المحال عليه مفلساً فيرجع المحتال له على المحيل (و لو وقعت المقاصة بدين كان عليه) أى على أحد الشريكين (من قبل) أى قبل الدين المشترك بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقاً قبل ثبوت الدين المشترك (لم يرجع عليه) أى على ذلك الشريك (الشريك لأنه) أى لأن القابض (قاض بنصيبه) أى مؤد دين الغريم (لا مقتض) أى لا مستوف دينه لأن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما لأن القضاء لا يسبق الوجوب (و لو ابرأه عن نصيبه) أى لو ابرأ أحد الشريكين المديون عن نصيبه من الدين (فكذلك) أى لا يرجع على شريكه بشئ (لأنه اتلاف) أى لأن (١) الإبراء اتلاف نصيبه (و ليس بقبض) فلم يردد له شيء بالبراء ة فلا يرجع عليه (و لو أبرأه عن البعض) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون عن بعض نصيبه (كانت قسمة الباقي) أي باقي الدين (على ما بقي من السهام) أى من سهامهما من الدين كما إذا ابرأ أحدهما عن نصف دينه و الدين عشرون درهما يكون له المطالبة بخمسة دراهم و للساكت المطالبة بالعشرة (و لو (٢) أخر

---

(١) لأن الابراء الخ و لأن الابراء فوق الصلح في التبرع لأنه لم يقبض شيئا فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا أولى لا يضمن كذا في التبيين. (٢) و لو أخر الخ و في البحر و لو أجله أحدهما فان لم يكن واجبا بعقد كل واحد منهما بأن ورثا دينا مؤجلا فالتأجيل باطل و إن كان واجبا بادانة أحدهما فان كانا شريكين شركة عنان فان أخر الذى ولي الادانة صح تأجيله في جميع الدين و إن أخر الذى لم يباشرها لم يصح في حصته أيضا و إن كانا متفاوضين و أجل أحدهما أيهما أجل صح تأجيله كتأجيل الوكيل بالبيع الثمن و إن حط أحدهما إن كان عاقدا جاز حطه بعضا و كلا و يضمن نصيب شريكه إن حط الكل و إن صالح أحدهما عن عين اختص به و إن لم يكن عاقدا يجوز في نصيبه لا في نصيب شريكه كذا في فتاوى قاضيخان.

أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض و لو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً و هلك في يده فهو قبض و الإستئجار بنصيبه قبض و كذا الإحراق عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى

أحدهما عن نصيبه) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن المديون عن نصيبه (صح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى اعتباراً (١) بالإبراء المطلق و لا يصح عندهما) أى عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و ذكر محمد رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط و الأسرار و الإيضاح وغيرها فإن المذكور فيها قول محمد رحمه الله تعالى مع أبي يوسف رحمه الله تعالى و الخلاف هكذا مشهور في المنظومة و كذا ذكر الخلاف في المختلف و الحصر (٢) (لأنه) أى لأن تأخير أحد الشريكين المطالبة عن نصيبه (يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) لأن في القسمة معنى التمليك فيكون فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين (و لو غصب أحدهما عيناً منه) أى و لو غصب أحد الشريكين عيناً من المديون (أو اشتراه شراء فاسداً و هلك) أى المغصوب أو المشترى (في يده فهو قبض) أي قبض نصيبه من الدين المشترك (و الاستئجار بنصيبه قبض) أى إن استأجر أحدهما من المديون داراً بنصيبه من الدين و قبض كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين و في المبسوط استأجر بنصيبه داراً من الغريم و سكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه و روى السماعة عن محمد هذا إذا استأجر بخمسمائة مطلقاً أما لو استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشيء (و كذا الإحراق عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لابي يوسف رحمه الله تعالى) أى لو أحرق أحدهما ثوب المديون و هو يساوى نصيب المحرق و هو نصف الدين فعند محمد رحمه الله تعالى هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالبه بربع الدين لأن الإحراق إتلاف لمال مضمون فيكون كالغصب و المديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضياً و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يرجع عليه بشيء لأنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض و هذا الاختلاف فيما إذا ألقى النار على الثوب فاحرقه و أما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكت أن يضمنه

(١) اعتبارا بالابراء المطلق يعنى أن التاخير ابراء مقيد فيصح كالابراء المطلق. (٢) الحصر قال الاتقانيّ ثم هذا الاختلاف فى إنشاء التاخير أما لو أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل و أنكر الآخر صح إقراره فى نصيبه بالاجماع و فى المبسوط و هو حجة ابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فانهما يقيسان الانشاء على الاقرار اه كذا فى هامش التبيين.

و التزوج به اتلاف في ظاهر الرواية و كذا الصلح عليه عن جناية العمد قال و إذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون و بما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه و لهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة و لو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين و هذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد و العقد قام بهما

بربع الدين بالاجماع (و التزوج به) أى بنصيبه من الدين يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضاً للدين بل هو (إتلاف في ظاهر الرواية) احترز به عن رواية بشرؒ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة وجه الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكن المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة فصار كما لو ابرأ (و كذا الصلح عليه من جناية (١) العمد) أى و كذا الصلح على نصيبه من جناية العمد اتلاف لا قبض و قيل.قيد بجناية العمد لأن في جناية الخطأ يرجع و لكن ذكر في الايضاح مطلقاً فقال و لو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح (قال) أى القدوريؒ (و إذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على (٢) رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون و بما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه) فانه يجوز بدون رضى الآخر لأن ملك كل واحد منهما ممتاز عن الآخر فجاز تفرده بالفسخ (و لهما) أى و لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (أنه) أى أن صلح أحدهما (لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة) قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز و لا تمييز إلا بالقسمة و قد تقدم بطلانها (و لو جاز) أى الصلح (في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر) و لم توجد (بخلاف شراء العين) هذا جواب عن قياس أبي يوسف رحمه الله تعالى المتنازع على شراء العبد و بينه بقوله (و هذا لأن المسلم فيه صار واجباً) أى ثابتاً (بالعقد) لأنه لم يكن موجودا قبل العقد و جواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد (و العقد قائم بهما) أى بالشريكين

---

(١)جناية العمد أى لو جنى أحد الشريكين على المديون جناية عمد فيما دون النفس أرشها مثل دين الجاني فصالحه على نصيبه و كذا لو فيها قصاص اتقاني كذا في الشامية. (٢)على رأس المال بأن أراد أن يأخذ رأس ماله و يفسخ عقد الشركة أتقاني فالصلح مجاز عن الفسخ عزمية كذا في الشامية.

فلا يتفرد أحدهما برفعه و لأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا إذا خلطا رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف و على الوجه الثاني هو على الاتفاق

فصل في التخارج

فلا يتفرد أحدهما برفعه) أي برفع العقد القائم بهما (و لأنه) دليل آخر أي و لأن الصلح المذكور (لو جاز لشاركه) الشريك الآخر (في المقبوض) من رأس المال (فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك) أي بذلك القدر من المسلم فيه الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر و قد كان ساقطاً بالصلح (فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه) و ذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته (قالوا) أي قال (١) المتأخرون من مشايخنا (هذا) أي هذا الاختلاف بين علمائنا (إذا خلطا رأس المال) وكان رأس المال مشتركا بينهما (فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول) أراد به النكتة الأولى و هي لزوم قسمة الدين في الذمة (هو على الاختلاف) المذكور (و على الوجه الثاني) أراد به النكتة الثانية و هو قوله و لأنه لو جاز لشاركه إلى آخره (هو على الاتفاق) أي صح صلح احدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المال إذا لم يكن مخلوطاً و قبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه لأنه لا حق له فيه لأنه مال الغير.

(فصل في (٢) التخارج)

أي هذا فصل بيان حكم التخارج و التخارج لغة إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه و شرعاً إخراج بعض الورثة عما يستحقه من التركة بمال يدفع اليه و سببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غيره و شرطه أن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها و أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس و شرطه عند البعض أيضاً أن تكون أعيان التركة معلومة

(١)قال المتأخرون الخ قال الاتقانيّ و لنا في قيلهم نظر لأن محمدا رحمه الله تعالى ذكر المسألة في باب الصلح في السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور و لم يتعرض للخلط و عدمه بل أطلق الجواب و الحاكم الشهيدّ وضع المسألة في مختصر الكافي في كتاب الصلح فيما إذا لم يخلطا و صرح بذلك و وضعها في كتاب البيوع فيما إذا نقد رأس مال مشترك بينهما و ذكر خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى في الموضعين اه كذا في هامش التبيين. (٢)فصل في التخارج قال الاتقانيّ معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شئ فيخرج من البين و إنما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه لأن كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين بشئ يأخذه لأن الظاهر أن الذى يأخذه دون نصيبه اه كذا في هامش التبيين أقول و يجوز أن يكون التاخير لاختصاصه بتركة الميت كذا في السعدية.

قال و إذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه و التركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيراً لأنه أمكن تصحيحه بيعا و فيه أثر عثمان رضي الله تعالى عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال و إن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا او كان ذهبا فأعطوه فضة فكذلك لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي و يعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح و إن كان

بأنها من أى جنس عند الصلح (قال) أى القدوري (و إذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه و التركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) قيد بقوله و التركة عقار أو عروض لأنها إذا كانت ذهباً أو فضة يجئ حكمها بعد هذا (لأنه أمكن تصحيحه بيعاً) (١) إنما تعين البيع فيه للجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه لأن الإبراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع (و فيه) أى و في جواز التخارج (أثر عثمان رضي الله تعالى عنه فإنه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار) هذا (٢) غريب بهذا اللفظ و روى (٣) عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة و ثمانين الف درهم (قال) أى القدورى (و إن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا) أى أو كانت التركة ذهبا (فأعطوه فضة فكذلك) يعني جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً (لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي و يعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير أن الذي في يده) أي غير أن الوارث الذي في يده (بقية التركة إن كان جاحداً) أى للتركة (يكتفى بذلك القبض) أي القبض السابق يعني لا يحتاج إلى تجديد القبض (لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح) و هو قبض ضمان لأنه مثله (و إن كان) أي الذي في يده بقية التركة

(١)بيعا فان قلت لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالته تفسد البيع أجيب بأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تفسد البيع دون غيرها كذا فى العناية. (٢)هذا غريب الخ كذا فى نصب الراية ص ١١٢ ج ٤. (٣)روى عبد الرزاق فى البيوع باب المرأة تصالح على ثمنها ص ٢٨٩ ج ٨ و رواه البيهقي رحمه الله تعالى فى الصلح باب صلح المعاوضة الخ من حديث عمر بن ابى سلمة عن ابيه قال صولحت امرأة عبد الرحمن رضى الله تعالى عنه من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفا.

مقراً لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح و إن كانت التركة ذهبا و فضة و غير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله و الزيادة لحقّه من بقية التركة احترازاً عن الربا و لا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب و الفضة لأنه صرف في هذا القدر و لو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقا لعدم الربا و لو كان في التركة الدراهم و الدنانير و بدل الصلح دراهم و دنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال و إن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه و يكون الدين لهم فالصلح باطل

(مقراً) أي بالتركة (لا بد من تجديد القبض) و هو الانتهاء إلى مكان يتمكن فيه من قبضه (لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح) و هو قبض ضمان و الأصل أن القبضين إذا تجانسا أمانة أو ضماناً ناب احدهما مناب الآخر و إن اختلفا ناب قبض الضمان عن قبض الامانة و لا ينعكس (و إن (١) كانت التركة ذهباً و فضة و غير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله و الزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا و لا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب و الفضة لأنه صرف في هذا القدر و لو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا) يعني جاز سواء قل بدل الصلح أو كثر لأنه لا يلزم الربا و لا يشترط فيه التقابض ايضاً لأنه ليس بصرف (و لو كان في التركة دراهم و دنانير و بدل الصلح دراهم و دنانير ايضاً جاز الصلح كيفما كان) يعني بلا اشتراط التساوى في الجنس و الزيادة على ذلك قل بدل الصلح أو كثر (صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس) تصحيحاً للعقد (كما في البيع) حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزاً عن الربا (لكن يشترط التقابض) أى فى المجلس (للصرف) أى لأجل كونه صرفاً (قال) أى القدوريّ (و إن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح) أي أدخلوا الدين في الصلح (على أن يخرجوا المصالح) بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل (عنه) أى عن الدين (و يكون الدين لهم فالصلح باطل) أي في

(١) و إن كانت الخ و فى البحر و لو صالحوه عن النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح الصلح ما لم يعلم أن ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقين و إن أنكروا وراثته جاز مطلقا بشرط التقابض فيما يقابل النقد منه و إن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك إن كان فى وجود ذلك فى التركة جاز الصلح و إن علم وجود ذلك في التركة لكن لا يدرى أن بدل الصلح من حصتها أقل أو اكثر أو مثله فسد كذا فى فتاوى قاضيخان.

لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه و هو حصة المصالح و إن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه و لا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه إسقاط و هو تمليك الدين ممن عليه الدين و هو جائز و هذه حيلة الجواز و اخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين و في الوجهين ضرر لبقية الورثة و الاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه و يصالحوا عما وراء الدين و يحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء و لو لم يكن في التركة دين و أعيانها غير معلومة و الصلح على المكيل و الموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا و قيل يجوز لأنه شبهة الشبهة

الكل في العين و الدين (لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه) أي الدين (و هو حصة المصالح) أى تمليك الدين من غير من عليه حصة المصالح بكسر اللام (و إن شرطوا) أى إن شرط الورثة (أن يبرأ) من الابراء أى أن يبرأ المصالح (الغرماء منه) أى من نصيبه من الدين (و لا يرجع) أي أحد من الورثة (عليهم) أي على الغرماء (بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه اسقاط) من ذمة المديون (أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين) و هم الغرماء (و هو جائز و هذه حيلة الجواز و أخرى) أي و حيلة اخرى (أن يعجلوا) أى يعجل الورثة (قضاء نصيبه) أي نصيب المصالح من الدين حال كونهم (متبرعين و في الوجهين ضرر لبقية الورثة) أما في الوجه الأول فلعدم تمكنهم من الرجوع على الغرماء و أما في الوجه الثاني فلزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة و النقد خير من الدين (و الأوجه) أي في الجواز (أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه) أى نصيب المصالح من الدين (و يصالحوا عما وراء الدين و يحيلهم) أي و يحيل المصالح الورثة (على استيفاء نصيبه) أى نصيب المصالح من الدين (من الغرماء) و ذكر الخصاف هذا الوجه في كتاب الحيل (و لو لم يكن في التركة دين و أعيانها غير معلومة و الصلح على المكيل و الموزون) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدورى يعني إذا لم يكن في التركة دين على الناس و لكن أعيان التركة ليست معلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه على كيلي كالحنطة و الشعير و وزني كالحديد و الصفر فهل يجوز هذا الصلح أم لا اختلف المشايخ فيه (قيل لا يجوز لاحتمال الربا) لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي و وزني و بدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا (و قيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) و إنما المعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة و ذلك لأنه لو علم اعيان التركة و لكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة لأنه يحتمل أن يكون فى التركة كيلي و وزني و يحتمل أن لا يكون و القائل بعدم الجواز المرغيناني و القائل بالجواز هو أبو جعفر الهندواني و في فتاوى

و لو كانت التركة غير المكيل و الموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذ المصالح عنه عين و الأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة و إن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح و لا القسمة لأن التركة لم يتملكها الوارث و إن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة الميت و لو فعلوا قالوا يجوز و ذكر الكرخي رحمه الله تعالى في القسمة أنها لا تجوز استحساناً و تجوز قياساً.

قاضي خان و الصحيح ما قاله أبو جعفر (و لو كانت التركة غير المكيل و الموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً) أي لكون الصلح بيعاً (إذ المصالح عنه عين) و بيع المجهول لا يصح و هو قياس مذهب الشافعي رحمه الله تعالى (و الأصح أنه يجوز) و به قال أحمد رحمه الله تعالى (لأنها) أي لأن الجهالة (لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة) و لا يطلبون شيئاً آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح (و إن كان على الميت دين مستغرق) للتركة (لا يجوز الصلح و لا القسمة لأن التركة لم يتملكها الوارث) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه (و ان لم يكن مستغرقاً) أي و إن لم يكن الدين مستغرقاً للتركة (لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه) أي دين الميت (لتقدم جهة الميت و لو فعلوا قالوا يجوز) لأن القليل لا يمنع الإرث و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه (و ذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحساناً و تجوز قياساً) و ذكر في الذخيرة القياس و الاستحسان من غير نسبته إلى الكرخي و هكذا في مبسوط شيخ الإسلام وفيه إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس ان لا يقسم و لكن يوقف الكل و في الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء و يقسم الباقي فيما بينهم بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً هل يمنع تملك الوارث في التركة أم لا فالقياس أن يمنع لأنه ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين و في الاستحسان لا يمنع حتى لو كان الموروث جارية حل له وطئها استحسانا نفياً للضرر عن الورثة إذ لا تخلو التركة عن قليل الدين و الله (١) أعلم بالصواب.

---

(١) و الله اعلم بالصواب وفى الشامية (خاتمة) التهايؤ أى تناوب الشريكين فى دابتين غلة أو ركوبا مختص جوازه بالصلح عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا الجبر و جائز فى دابة غلة أو ركوبا بالصلح فاسد فى غلتى عبدين عنده لو جبرا درر البحار و فى شرحه غرر الافكار ثم اعلم أن التهايؤ جبرا فى غلة عبد أو دابة لا يجوز إتفاقا للتفاوت و فى خدمة عبد أو عبدين جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا و لقلته و فى غلة دار أو دارين أو سكنى دار أو دارين جاز اتفاقا لامكان المعادلة لأن التغير لا يميل إلى العقار ظاهرا و أن التهايؤ صلحا جائز فى جميع الصور كما جوز ابو حنيفة رحمه الله تعالى أيضا قسمة الرقيق صلحا اه.

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي به لأن المضارب يستحق الربح بسعيه و عمله و هي مشروعة للحاجة إليها

(كتاب المضاربة)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على الاسترباح أما المضاربة فان مبناها على هذا و أما الصلح فإن المصالح مع المدعى عليه مستربح سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت (المضاربة) على وزن مفاعلة (مشتقة من الضرب في الارض) و هو السير فيها قال الله عزوجل ﴿و آخرون (١) يضربون في الارض﴾ عني بالضرب فى الأرض السفر للتجارة سمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الارض غالباً طلباً للربح و يسمى أهل المدينة هذا العقد مقارضة و قراضاً مشتقا من القرض و هو القطع لأن صاحب المال يقطع قدراً من المال عن تصرفه و يجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد و اختار هذا أصحاب الائمة الثلاثة و قالوا كتاب القراض و اختار اصحابنا لفظ المضاربة لموافقة الكتاب و في (٢) الاصطلاح هي اعارة المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (سمي به) ذكر الضمير في الموضعين باعتبار العقد أي سمي عقد المضاربة بهذه اللفظة (لأن المضارب يستحق الربح بسعيه و عمله) فيه (٣) مناقشة لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه و عمله حتى لو سعى و عمل و لم يظهر ربح لا يستحق شيئا و الكلام الموجه أن يقال لأن المضارب يسير في الارض طلبا للربح كما ذكرنا (و هي مشروعة للحاجة اليها) أشار بهذا إلى مشروعية هذا النوع من التصرف و ذلك بالكتاب و هو قوله تعالى ﴿و آخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله﴾ عني بالضرب فى الأرض السفر للتجارة و بالسنة على ما يأتي و لأجل احتياج الناس إلى هذا التصرف بين هذا بالفاء التفسيرية بقوله

---

(١)و آخرون الآية. المزمل: ٢٠. (٢)و فى الاصطلاح الخ. عرف الحنفية القراض و هو المضاربة عندهم اصطلاحا بأنه عقد شركة فى الربح بمال من جانب و عمل من جانب و عرفه الشافعية بأنه أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه و الربح مشترك و عرفه المالكية بأنه توكيل على تجر فى نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه و عرفه الحنابلة بأنه دفع مال معلوم أو ما فى معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه كذا فى كتب الفقه للمسالك الاربعة. (٣)فيه مناقشة الخ أقول ليس هذا بشئ لأن الباء فى قوله بسعيه و عمله للسببية و المعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه و وظيفة السبب مجرد الايصال و الافضاء إلى المسبب فى الجملة لا التاثير فيه و إنما التاثير وظيفة العلة و قد عرف ذلك كله فى الأصول فتخلف إستحقاق الربح عن سعى المضارب و عمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلا كذا فى النتائج.

فإن الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه و بين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي و الذكي و الفقير و الغني و بعث النبي ﷺ و الناس يباشرونه فقرر هم عليه و تعاملت به

(فإن الناس بين غنى بالمال غبي عن التصرف فيه) أي في المال و الغبي بفتح الغين المعجمة و كسر الباء الموحدة على وزن فعيل من الغباوة و هى قلة الفطنة (و بين مهتد في التصرف صفر اليد عنه) أى عن المال و الصفر بكسر الصاد المهملة و سكون الفاء الخالي يقال بيت صفر من المتاع و رجل صفر اليدين (فمست الحاجة) أي إذا كان الامر كذلك مست الحاجة (إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي و الذكي و الفقير و الغني) لأن الله تعالى خلق الخلق أطواراً مختلفة الطبائع متباينة التصرفات و الحرف مشتملين على الفقير و الغني محتاجين إلى إعانة بعضهم بعضا فلا جرم شرع هذا التصرف و نحوه ليقوم بها معاشهم و تحصل بها أغراضهم (و بعث النبي ﷺ و الناس يباشرونه فقررهم عليه) الواو في و الناس للحال و الضمير المنصوب في يباشرونه و المجرور فى عليه يرجعان إلى عقد المضاربة لا إلى المضاربة لفظها و قد ذكر السغناقيّ ناقلا عن المبسوط ثم جواز هذا العقد عرف بالسنة و الإجماع فالسنة ما روى أن العباس ابن عبد المطلب رضي الله تعالى عنه كان إذا دفع مالاً مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحراً و ان لا ينزل به واديا و لا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه و تبعه على ذلك الكاكيّ و صاحب العنايةّ وغيرهما و لم يرو احد منهم متن أصل الحديث و حاله و من خرجه فأقول هذا الحديث اخرجه (١) البيهقي رحمه الله تعالى عن يونس بن أرقم حدثنا أبو الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال كان العباس بن عبد المطلب رضى الله تعالى عنه إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا و لا ينزل به وادياً و لا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل فهو ضامن فرفع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه و أبو الجارود زياد (٢) بن المنذر كذبه ابن معينّ (و تعاملت به) أي

---

(١)أخرجه البيهقي رحمه الله تعالى فى كتاب القراض ص١١١ ج٦ و الدار قطنى رحمه الله تعالى فى البيوع ص٧٨ ج٣. (٢)زياد بن المنذر. و فى التهذيب: زياد بن المنذر الهمدانى و يقال النهدى و يقال الثقفى ابوالجارود الاعمى الكوفى. قال عبد الله بن احمدّ عن ابيه متروك الحديث و ضعفه جدا و قال معاوية بن صالحّ عن يحيى بن معينّ كذاب عدو الله ليس يساوى فلسا و قال الدوريّ عن يحيىّ كذاب و قال الآجريّ عن ابى داود رحمه الله تعالى كذاب سمعت يحيىّ يقوله و قال البخارى رحمه الله تعالى يتكلمون فيه و قال النسائى رحمه الله تعالى متروك و قال فى موضع آخر ليس بثقة و قال ابو حاتمّ ضعيف و قال يزيد بن زريعّ لابى عوانةّ لا تحدث =>

الصحابة رضي الله تعالى عنهم ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده

بعقد المضاربة كما ذكرنا (الصحابة رضى الله تعالى عنهم) روى (١) مالك رحمه الله تعالى في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن جده أن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه علي أن الربح بينهما و روى (٢) البيهقي رحمه الله تعالى من حديث ابن وهب أخبرني ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر رضي الله تعالى عنه أنه سأله عن الرجل يعطي المال قراضا فيشترط له كما أعطاه نحو يوم يأخذه قال لا بأس بذلك و أخرج (٣) البيهقى رحمه الله تعالى عن ابن لهيعة و حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن الاسدى عن عروة بن الزبير عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه أنه كان يدفع المال مقارضة إلى الرجل و يشترط عليه أن لا يمر به بطن واد و لا يبتاع به حيوانا و لا يحمله في بحر فان فعل شيئا من ذلك فقد ضمن ذلك المال و أخرج (٤) البيهقي رحمه الله تعالى في المعرفة من طريق الشافعي رحمه الله تعالى أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الانصاري عن ابيه عن جده أن عمر رضي الله تعالى عنه أعطى مال يتيم مضاربة و كان يعمل به بالعراق و لا يدري كيف قاطعه على الربح و أخرج (٦) ايضا عن حماد عن ابراهيم أن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده) و ليس فيه خلاف و في شرح الطحاوي فالحيلة أن يصير المال مضموناً عند المضارب أن يقرض رأس المال كله من المضارب و يشهد عليه و يسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفع اليه يستعين به في العمل حتى لو هلك في يده هلك كالقرض و إذا ربح و لم يهلك

=> عن ابى الجارود فانه أخذ كتابه فاحرقه و قال ابو حاتم بن حبان رحمه الله تعالى كان رافضيا يضع الحديث فى مثالب اصحاب رسول الله ﷺ و يروى فى فضائل اهل البيت رضى الله تعالى عنهم اشياء ما لها وصول لا يحل كتب حديثه و قال ابن عدىؒ عامة احاديثه غير محفوظة و عامة مايرويه فى فضائل اهل البيت رضى الله تعالى عنهم و هو من المعدودين من اهل الكوفة الغالين و احاديثه عن من يروى عنه فيها نظر اه. (١)روى مالك رحمه الله تعالى فى كتاب القراض ص٦١٨ و رواه البيهقى رحمه الله تعالى فى القراض ص١١١ ج٦ من طريق ابن وهب عن مالك و ليس فيه عن جده إنما فيه أخبرنى العلاء عن ابيه قال جئت عثمان رضى الله تعالى عنه فذكر فيها معنى ذلك. (٢)روى البيهقى رحمه الله تعالى فى القراض ص١١١ ج٦. (٣)أخرج البيهقى رحمه الله تعالى فى القراض ص١١١ ج٦ و قال الحافظ رحمه الله تعالى فى التلخيص ص٥٨ ج٣: سنده قوى. (٤)أخرج البيهقى رحمه الله تعالى فى المعرفة الخ كذا فى نصب الراية ص١١٤ ج٤ و رواه ابن ابى شيبة رحمه الله تعالى فى مصنفه كذا فى التلخيص ص٥٧ ج٣. (٥)أخرج أيضا الخ كذا فى نصب الراية و أخرجه الشافعى رحمه الله تعالى فى كتاب اختلاف العراقيين كذا فى التلخيص و فى الباب آثار أخرى منها ما رواه مالك رحمه الله تعالى فى القراض ص٦١٦ عن زيد بن اسلم عن ابيه انه قال خرج عبد الله و عبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهم فى جيش إلى العراق =>

لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل و الوثيقة وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه و إذا ربح فهو شريك فيه

يكون الربح بينهما على الشركة و حيلة أخرى أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهما واحداً و يسلمه اليه ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما و رأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعا و شرطا على أن الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن هلك المال في يده فالقرض عليه و لو ربح فالربح بينهما على الشرط (لأنه) أى لأن المضارب (قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل) احترز به عن المقبوض على سوم الشراء و القرض فإنه مضمون (و الوثيقة) أي و لا على وجه الوثيقة و احترز به عن الرهن فإنه مضمون بالأقل من قيمته و من الدين (و هو وكيل فيه) أي المضارب وكيل في المال المدفوع اليه و قال الاترازي رحمه الله تعالى وكيل في العمل و الأول أقرب و أصوب (لأنه) أى لأن المضارب (يتصرف فيه بأمر مالكه) و لهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل (و إذا ربح) أى المضارب (فهو شريك فيه) أى في الربح و ليس المراد انه شريك في رأس المال مع الربح لأن رأس المال لرب المال و إنما شركته

=> فلما قفلا مرا على ابى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه و هو امير البصرة فرحب بهما و سهل ثم قال لو أقدر لكما على امر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ههنا مال من مال الله اريد ان ابعث به الى امير المؤمنين رضى الله تعالى عنه فاسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى امير المؤمنين فيكون لكما الربح فقال وددنا ففعل و كتب إلى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فاربحا فلما دفعا ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال أ كل الجيش اسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ابنا امير المومنين فاسلفكما أديا المال و ربحه فأما عبد الله فسكت و أما عبيد الله فقال ما ينبغى لك يا امير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر رضى الله تعالى عنه أدياه فسكت، عبد الله و راجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر رضى الله تعالى عنه يا امير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر رضى الله تعالى عنه قد جعلته قراضا فاخذ عمر رضى الله تعالى عنه رأس المال و نصف ربحه و أخذ عبد الله و عبيد الله نصف ربح المال اه و أخرجه الشافعى رحمه الله تعالى عن مالك عن زيد بن اسلم عن ابيه في كتاب القراض و قال الحافظ رحمه الله تعالى فى التلخيص إسناده صحيح. و منها ما رواه عبد الرزاق فى البيوع باب نفقة المضارب و وضيعته ص٢٤٨ ج٨ عن القيس بن الربيع عن ابى الحصين عن الشعبى عن على رضى الله تعالى عنه فى المضاربة الوضيعة على المال و الربح على ما اصطلحوا عليه و فى التلخيص: (فائدة) قال ابن حزم رضى الله تعالى عنه فى مراتب الاجماع: كل ابواب الفقه فلها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة و لكنه إجماع صحيح مجرد و الذى نقطع به أنه كان فى عصره ﷺ فعلم به و أقره و لو لا ذلك لما جاز.

لتملكه جزئا من المال بعمله فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله و إذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد (١) يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين و مراده الشركة في الربح و هو يستحق بالمال من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر و لا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة و لو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً

في الربح (لتملكه جزءا من المال بعمله) أى لتملك المضارب جزءاً من المال و هو الربح الشائع فيه و ذلك بسبب عمله و سعيه (فإذا فسدت) أى المضاربة (ظهرت الإجارة) لأنه يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالأجرة على عمله (حتى استوجب) أى استحق (العامل أجر مثله) لأنه يكون في الإجارات (و إذا خالف) أى المضارب (كان غاصباً لوجود التعدى منه على مال غيره) فيصير المال مضمونا عليه و به (٢) قالت الثلاثة و أكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و عن علي رضى الله تعالى عنه لا ضمان على من شورك في الربح و به قال الحسن و الزهري رحمهما الله تعالى (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (المضاربة عقد) يقع (على الشركة بمال من أحد الجانبين) هذا تفسير للمضاربة على الاصطلاح و لكن لما كان فيه نوع خفاء لأنه قال عقد على الشركة و لم يبين أن الشركة فيماذا ففسره المصنفّ بقوله (و مراده) أي مراد القدوري رحمه الله تعالى من قوله عقد على الشركة (الشركة في الربح) لا في رأس المال مع الربح. لأن رأس المال لرب المال (و هو) أى الربح (يستحق بالمال من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر) و هو المضارب وقول يستحق على صيغة المجهول (و لا مضاربة بدونها) أي بدون الشركة و أشار به إلى ان العقد ينتفى بانتفائها (ألا ترى) ايضاح لقوله عقد على الشركة و قوله لا مضاربة بدونها (أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة و لو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً) و قال (٣) مالك رحمه الله تعالى يكون مضاربة صحيحة في الوجهين و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى إذا قال خذه مضاربة و الربح كله لي أو لك يفسد عقد المضاربة و

(١)عقد يقع على الشركة –ن– عقد على الشركة. (٢)و به قالت الثلاثة الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص١٦٥ ج٥. (فصل) إذا تعدى المضارب و فعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئا نهى عن شرائه فهو ضامن للمال فى قول اكثر أهل العلم روى ذلك عن ابى هريزة و حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنهما و ابى قلابة و نافع و اياس و الشعبى و النخعى و الحكم و حماد و مالك و الشافعى و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و عن على رضى الله تعالى عنه لا ضمان على من شورك فى الربح و روى معنى ذلك عن الحسن و الزهرى رحمهما الله تعالى. (٣)قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص١٤٥ ج٥.

قال و لا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة و قد تقدم بيانه من قبل و لو دفع إليه عرضاً و قال بعه و اعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الاضافة من حيث أنه توكيل و إجارة فلا مانع من الصحة

لا ينصرف إلى شيء (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (و لا تصح) أى المضاربة (إلا بالمال الذي تصح به الشركة) و هو ان يكون رأس المال دراهم أو دنانير عندهما أو فلوساً رائجة عند محمد رحمه الله تعالى حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا تجوز اجماعا و قال السغناقي العروض (١) لا تصلح لرأس المال في المضاربة عندنا خلافاً للامام مالك رحمه الله تعالى و كذا الكيلي و الوزني خلافاً لابن أبي ليلى رحمه الله تعالى و قد نظر فيه الكاكي رحمه الله تعالى بقوله و ما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند الامام مالك رحمه الله تعالى تصح المضاربة بالعروض لم أجده في كتبهم بل ذكر فيها لا تصح بالعروض قلت قد ذكر في جواهر المالكية ما هو أبلغ منها و هو انه لا يجوز بالنقرة التي ليست مضروبة إذا كان التعامل بالمسكوك و لا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم و أجازه أشهب و لا بالدراهم المغشوشة (و قد تقدم بيانه من قبل) أراد به باب (٢) الشركة (و لو دفع اليه عرضاً و قال بعه و اعمل مضاربة في ثمنه جاز) (٣) ذكره تفريعا على مسألة القدوري و يعني بهذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض و حيلة أخرى ذكرها الخصاف في كتاب الحيل و قال قلت أرأيت رجلاً أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة و ليس عنده إلا متاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من رجل يثق به و يقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه و في مسألة الكتاب خلاف للثلاثة فعندهم لا يجوز لجهالته (لأنه) أى لأن عقد المضاربة (يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل و إجارة فلا مانع من الصحة) يعني انه مشتمل على التوكيل و الإجارة بالراء المهملة و الاجازة بالزاي المعجمة و كل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة

---

(١)العروض لا تصلح لرأس المال في المضاربة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في العزيز و أحمد رحمه الله تعالى كذا في المغني و فيه أيضا و عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى أن المضاربة تجوز بالعروض و تجعل قيمتها وقت العقد رأس المال و قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمتاع قال جائز و به قال طاووس و الاوزاعي و حماد بن ابى سليمان رحمهم الله تعالى اه ملخصا. (٢)باب الشركة البناية ص ٥٣٤ ج٩.
(٣)جاز و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز لأن فيه اضافة عقد المضاربة إلى ما بعد البيع و قبض الثمن و لنا أنه وكله ببيع العرض أولاً و هو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض و هو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كذا في التبيين.

و كذا إذا قال له اقبض ما لى على فلان و اعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح هذا التوكيل على ما مر في (١) البيوع و عندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للآمر فتصير مضاربة بالعرض

كذلك لئلا يخالف الكل الجزء و صورة إضافة التوكيل إلى المستقبل بأن يقول وكلتك بأن تبيع عبدي هذا غداً فانه يصير وكيلا غداً و بعده و لا يصير وكيلا قبل الغد و صورة إضافة الإجارة أن يقول آجرتك داري غداً فإن الإجارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله (و كذا إذا قال له) أى للمضارب (اقبض ما لي على فلان و اعمل به مضاربة جاز (٢) لما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل (بخلاف ما إذا قال اعمل (٣) بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة) بالاتفاق بين اصحابنا مع اختلاف التخريج أشار اليه بقوله (لأن (٤) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح هذا التوكيل) يعنى انه لو وكله بشراء شئ بما في ذمته لا يصح عنده (على ما مر في البيوع) أى في باب الوكالة بالبيع و الشراء من كتاب الوكالة لا من كتاب البيوع و هو قوله و من له على آخر الف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد ...... إلى آخره (و عندهما) أى عند ابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يصح) أي هذا التوكيل و مع هذا لا تصح المضاربة أشار اليه بقوله (لكن يقع الملك في المشترى) بفتح الراء (للآمر فتصير مضاربة بالعرض) فتصير فاسدة و استشكل على المسألة الأولى بما إذا قال اقبض جميع الالف التي لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المأمور نصف ما على المديون و عمل به مضاربة فانه لا يجوز و أجيب بأن ثم للتعقيب مع التراخي و قد أخر الأمر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال فما لم يقبض جميع الألف لا يصح و ايضا يكون مخالفا بالعمل بالبعض قبل قبض الكل فلا يصح كما إذا قال لزوجته اقبضي جميع المال الذي على فلان

---

(١) في البيوع –ن– في الوكالة. (٢) جاز لأنه أضاف المضاربة إلى حالة القبض و فى تلك الحالة يصير الدين عينا و إنما شرط كون رأس المال عينا لأن المضاربة لاستعمال المال و إنما يتصور ذلك فى العين كذا فى الكفاية.
(٣) اعمل الخ أى اشتر بالدين الذى عليك ما بدا لك من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لأن صحة المضاربة أن يكون رأس المال عينا و لم يوجد ذلك عند العقد و لا بعده و إذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له و لا شئ لرب المال منه عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى فدينه عليه بحاله و فى قولهما ما اشترى فهو لرب المال و المضارب برئ من دينه و له على رب المال أجر مثله فيما عمل و هو بناء على مسألة كتاب البيوع كذا فى الكفاية. (٤) لأن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الخ أى لأن المضاربة توكيل بالشراء و التوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع كذا فى التبيين.

قال و من شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما و لا بد منها كما في عقد الشركة قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فيقطع (١) الشركة في الربح و هذا لأنه ابتغي عن منافعه عوضاً و لم ينل لفساده و الربح لرب المال

ثم أنت طالق فقبضت البعض لم تطلق (قال و من شرطها) أي قال القدوري رحمه الله تعالى و من شرط المضاربة (أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح) و في بعض النسخ لا يشترط لأحدهما دراهم مسماة (لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما) أي بين رب المال و المضارب لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر (و لا بد منها) أي من الشركة فإذا انتفت الشركة المشروطة لجوازها انتفت المضاربة لأن المنافي لشرط جواز الشيء مناف له و إذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر (كما في عقد الشركة)حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن شرط زيادة عشرة) هذا تفسير لما قبله أي إن شرط في العقد زيادة عشرة دراهم مثلا على ما شرطا (فله أجر مثله) أي فللعامل (٢) أجر مثله (لفساده) أي لفساد (٣) عقد المضاربة و هذا لا اختلاف فيه قال (٤) ابن المنذرّ أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على فساد المضاربة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة (فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح) الضمير في فلعله يجوز أن يعود إلى المضارب و يجوز ان يعود إلى المال و الأول أقرب (و هذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه ابتغى) أي لأن المضارب عمل لرب المال بالعقد و ابتغى به (عن منافعه عوضاً و لم ينل) أي العوض (لفساده) أي لفساد العقد و لا بد من عوض منافع تلفت بالعقد و ليس ذلك في الربح لأنه لرب المال أشار اليه بقوله(و الربح (٥) لرب المال

(١)فيقطع –ن– فينقطع. (٢)فللعامل أجر مثله و به قال احمد و الشافعي رحمهما الله تعالى كذا في المغني ص١٨٨ ج٥ و شرح الوجيز ص٢٠ ج٦. (٣)لفساد عقد المضاربة و إنما فسد ذلك لمعنيين أحدهما أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح و احتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءًا و قد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له الدراهم و الثاني أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به و لأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه و حصول نفعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح كذا في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص١٤٨ ج٥. (٤)قال ابن المنذرّ الخ. كذا في المغني. (٥)و الربح لرب المال و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى كذا في شرح الوجيز ص٢٠ ج٦ و المغني ص١٨٨ ج٥.

لأنه نماء ملكه و هذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة و لا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى كما بينا في الشركة و يجب الأجر و إن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل و قد وجد و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها

لأنه نماء ملكه) فاذا كان كذلك تعين أجر المثل (و هذا) أى وجوب أجر المثل (هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة و لا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند ابى يوسف رحمه الله تعالى) فكان وجوده كعدمه و قيل الثلث او الربع المشروط في العقد (خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى) فإن عنده يجب بالغاً ما بلغ و به قالت الثلاثة (كما بينا في الشركة) أي كما بينا هذا الحكم مع الخلاف في كتاب الشركة و لم يبين في الشركة شيئاً إنما قال في الشركة الفاسدة فللمعين يعني في الاحتطاب و نحوه أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجاوز به نصف ثمن ذلك و أيّ بيان في هذا (و يجب الأجر) أى فى المضاربة الفاسدة (و إن لم يربح) أي المضارب (في رواية الأصل) أي المبسوط و به (١) قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية (لأن أجر الاجير يجب بتسليم المنافع) كما في الاجير الخاص فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو العمل) كما في الاجير المشترك (و قد وجد) أي المذكور من تسليم المنافع و العمل (و عن (٢) أبي يوسف رحمه الله تعالى انه لا يجب) أى الأجر فى المضاربة الفاسدة اذا لم يربح (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فانه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئا (مع أنها) أى أن المضاربة الصحيحة (فوقها) أى فوق المضاربة الفاسدة فى إمضاء حكمها و فى استحقاق الربح فإذا لم يجب الأجر في الصحيحة إذا لم يرجع ففي الفاسدة اولى بأن لا يجب قال السغناقيّ فان قلت ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوى فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع و ههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة و الفاسد تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند إيفاء العمل انتهى قلت بل اعتبار فاسد المضاربة

(١)و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى فى رواية كذا فى شرح الوجيز و المغنى. (٢)و عن ابى يوسف رحمه الله تعالى إذا لم يربح لا أجر له و هو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة سائحانى و مثله فى حاشية ط عن العينىّ كذا فى الشامية.

و المال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة و لأنه عين مستأجرة في يده و كل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها و يبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب

بصحيحها اولى من جعلها اجارة لأنهما قد تراضيا أن يكون للعامل جزء من الربح إن حصل ربح و بالحرمان إن لم يحصل و لم يرض رب المال أن يكون في ذمته شيء في مقابلة عمل العامل فاذا أوجبتم في ذمته شيئاً كان إيجاباً بغير دليل و هدم الاصل الضعيف اولى من الغاء التعليل الصحيح (و المال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة) و به (١) قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و في المبسوط عن ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه يضمن المال (و لأنه عين مستأجرة في يده) لأن أى المال عين مستأجرة في يد المضارب و في بعض النسخ عين (٢) مستأجر أي عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره و لا يضمن كأجير الواحد و هذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر و هذا قول أبي جعفر الهندواني و قيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه و هذا قول الطحاوي رحمه الله تعالى وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك و هو لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما قال الإمام الاسبيجابي في شرح الكافي و الأصح انه لا ضمان على قول الكل (و كل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه و شرطا أن يدفع المضارب داره إلى رب المال يكسنها سنة أو أرضه ليزرعها سنة فانه (يفسده) أى يفسد عقد المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله و أجرة الدار أو الارض فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح (لا ختلال مقصوده) و هو الربح (و غير ذلك من الشروط الفاسدة) أي التي لا توجب الجهالة في الربح (لا يفسدها) أي المضاربة (و يبطل الشرط) أي يبطل نفس ذلك الشرط و به قالت الثلاثة و عن الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يفسد العقد (كاشتراط الوضيعة) أي الخسران و قيل الوضيعة اسم لجزء هالك من المال (على المضارب) و في الإيضاح و الذخيرة عليهما و في التحفة عليه أو عليهما قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح و لا يبطل في نفسه بل يبطل المضاربة كما سيجيء فلم تكن

(١) و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى كذا في المغنى لابن قدامة الحنبلي ص ١٨٩ ج٥. (٢) عين مستأجر الخ المستأجر فى الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمى العين مستأجر العمل المضارب فيه كذا قاله تاج الشريعة.

قال و لا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب و لا يد لرب المال فيه لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه و هذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة و شرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابت له و بقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب و كذا أحد المتفاوضين و أحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة و شرط عمل صاحبه لقيام الملك له

القاعدة مطردة و أجيب بأنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها و إذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة و سلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم لليس ببصير و قوله بعد هذا بخطوط و شرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه فافهم (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و لا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب و لا يد لرب المال فيه) أي بتصرف أو عمل (لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه) كالوديعة (و هذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه) و بقاء يد الغير يمنع الخلوص (أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة) لأنها انعقدت على العمل بينهما فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلا كذا في الإيضاح (و شرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن) أى المضارب (من التصرف فلا يتحقق المقصود) و لا يعلم فيه خلاف و لكن ذكر في الذخيرة حكى عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير أنه لو شرط رب المال لنفسه أن يتصرف في المال بانفراده متى بدا له و ان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة و إنما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملة لأنه حينئذ لا يصير المال مسلماً إلى المضارب (سواء كان المالك) أى رب المال (عاقداً أو غير عاقد كالصغير) إذا دفع أبوه أو وليه أو وصيه ماله مضاربة و شرط عمل الصغير فإنه لا يجوز (لأن يد المالك ثابت له) أى للصغير (و بقاء يده) أى يد المالك (يمنع التسليم إلى المضارب) كما في الكبير (و كذا أحد المتفاوضين و أحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة و شرط عمل صاحبه) فسدت المضاربة (لقيام الملك له) أى لذلك

و إن لم يكن عاقداً و اشتراط العمل على العاقد مع المضارب و هو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الأب و الوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال و إذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع و يشتري و يوكل و يسافر و يبضع و يودع لإطلاق العقد و المقصود منه الاسترباح و لا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد

الصاحب تعليل لقوله و كذا أحد المتفاوضين يعني يفسد العقد إذا عقد أحر الشريكين و شرط عمل صاحبه لقيام الملك لصاحبه (و إن لم يكن عاقداً) واصلة بما قبلها أى و إن لم يكن صاحبه عاقداً فاذا كان كذلك فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك (و اشتراط العمل على العاقد مع المضارب و هو غير مالك) أى و الحال أن العاقد غير مالك (يفسده) أى عقد المضاربة (إن لم يكن) أى ذلك العاقد (من أهل المضاربة فيه) أى في هذا المال (كالمأذون) إذا دفع ماله مضاربة و شرط عمله مع المضارب يفسد العقد لأن يد التصرف ثابتة له في هذا المال و يده يد نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة و هذا ليس بقياس بل هو تنظير لما إذا كان العاقد غير مالك (بخلاف الأب و الوصي) إذا دفعا مال الصغير مضاربة و شرطا العمل بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز (لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه) أي اشتراط العمل (عليهما بجزء من المال) أى بجزء من الربح لأن كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضارباً وحده جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره و هذا لأن تصرف الأب أو الوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير و شرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لأنه رب المال و قد تحققت (قال) أي القدوري (و إذا صحت المضاربة مطلقة) أى غير مقيدة بزمان و مكان وسلعة و شخص نحو أن يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة و لم يزد على ذلك (جاز للمضارب أن يبيع (١) و يشتري و يوكل و يسافر (٢) و يبضع و يودع لإطلاق العقد) أى عقد المضاربة (و المقصود منه) أي من عقد المضاربة (الاسترباح و لا يتحصل) أي الاسترباح (إلا بالتجارة فينتظم العقد) أي العقد المطلق

---

(١) أن يبيع و يشترى و فى الشامية: الاطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد لكن فى النظم أنه لا يتجر مع إمرأته و ولده الكبير العاقل و والديه عنده خلافا لهما و لا يشترى من عبده المأذون و قيل من مكاتبه بالاتفاق قهستاني.

(٢) يسافر برا و بحرا كذا فى البحر.

صنوف التجارة و ما هو من صنيع التجار و التوكيل من صنيعهم و كذا الإيداع و الإبضاع و المسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف و ان اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض و هو السير و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ليس له أن يسافر و عنه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر به لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة و إن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب و الظاهر ما ذكر في الكتاب قال و لا يضارب إلا أن يأذن له

(صنوف التجارة) أى أقسام التجارة (و ما هو من صنيع التجار) أى و ينتظم ما هو من صنيع التجار (و التوكيل من صنيعهم و كذا الإبضاع و الايداع و المسافرة) أي السفر و المفاعلة ليست على بابها كما في المسارعة إلى الخير (ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب اولى) بأن يسافر (كيف و ان اللفظ دليل عليه) أي كيف لا يسافر و الحال ان لفظ المضاربة دليل على السفر أي على جوازه (لأنها) أي لأن المضاربة (مشتقة من الضرب في الأرض و هو السير و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه ليس له أن يسافر) قيل هذا إذا لم يقل له إعمل برأيك (و عنه) أي و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه إن دفع في بلده) أي في بلد المضارب (ليس له أن يسافر به لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة و إن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب) اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه عالماً بغربته كان دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه (و الظاهر) أي ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعاً (ما ذكر في الكتاب) أي ما ذكر القدورى في مختصره و هو جواز المسافرة بمال المضاربة و إن لم يقل له إعمل برأيك و به قال (١) مالك رحمه الله تعالى (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى في مختصره (و لا (٢) يضارب) أي المضارب يعني لا يجوز له أن يعطي المال مضاربة (إلا أن يأذن له

---

(١)و به قال مالك رحمه الله تعالى. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص١٥١ ج٥. ليس للمضارب السفر بالمال فى أحد الوجهين و هو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى و الوجه الثانى له السفر به إذا لم يكن مخفوفا قال القاضىّ قياس المذهب جوازه و هذا قول مالك رحمه الله تعالى اه ملخصا. (٢)و لا يضارب الخ. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص١٥٩ ج٥. و ليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نص عليه احمد رحمه الله تعالى فى رواية الاثرم و حرب و عبد الله رحمهم الله تعالى و خرج القاضىّ وجها فى جواز ذلك و إن أذن رب المال فى دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه احمد رحمه الله تعالى و لا نعلم فيه خلافا و إن قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه اه ملخصا. و قال العلامة الغزالى الشافعى رحمه الله تعالى فى العزيز ص٢٧ ج٦. ليس لعامل القراض أن يقارض عاملا آخر بغير اذن المالك و فى صحته بالاذن خلاف (و) اه.

رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه و كان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما و كله به إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع و الإبضاع لأنه دونه فيتضمنه و بخلاف الإقراض حيث لا يملكه و إن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار و ليس الإقراض منه و هو تبرع كالهبة و الصدقة فلا يحصل به الغرض و هو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم و كذا الشركة و الخلط بمال نفسه

رب المال أو يقول له إعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما) أى لتساوى الشيئين المتماثلين (في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه) أى التنصيص بالاذن عليه أو التفويض المطلق بقوله اعمل برأيك إليه و أورد على هذا المستعير و المكاتب و المستأجر فإنه يجوز للمستعير أن يعير و للمستأجر أن يؤجر و للمكاتب أن يكاتب و كذا العبد المأذون له أن يأذن عبده و أجيب بأن الكلام في التصرف نيابة و هم يتصرفون بحكم المالكية لأن المستعير و المستأجر ملكا المنفعة و المكاتب صار حراً يداً و العبد المأذون يتصرف بحكم المالكية الأصلية إذ الإذن بالتجارة فك الحجر و أما المضارب فانه يعمل بطريق النيابة لأن فيها معنى الوكالة و الوكيل لا يوكل غيره فكذا هذا (و كان كالتوكيل) أي و كان أمر المضاربة كامر التوكيل (فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما و كله إلا إذا قيل له اعمل برأيك) فكذا المضارب لا يملك أن يضارب إلا إذا قيل له إعمل برأيك (بخلاف الإيداع و الإبضاع لأنه دونه) أي لأن حكمهما دون حكم المضاربة (فيتضمنه) أى إذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع و الإبضاع (و بخلاف الإقراض حيث لا يملكه) أي المضارب لا يملك الإقراض (و إن قيل له) واصلة بما قبلها أى و إن قيل للمضارب (إعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار و ليس الإقراض منه) أى من صنيع التجار (و هو) أي الإقراض (تبرع كالهبة و الصدقة فلا يحصل به) أى بالاقراض (الغرض و هو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه) أي على الإقراض فانه لو أقرض عشرة ليستوفي أحد عشر لا يجوز فلما لم يحصل الربح به لا يكون من صنيع التجار فلا يتناوله التعميم (أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم و كذا الشركة و الخلط (١) بمال نفسه) يعني من صنيعهم و به (٢) قال الثوري و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى ليس له

(١) و الخلط بمال نفسه و كذا بمال غيره كما في البحر. (٢) و به قال الثوريّ الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص ١٦٢ ج ٥.

فيدخل تحت هذا القول قال و إن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل و في التخصيص فائدة فيتخصص و كذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن و كان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره و إن لم يشتر

الشركة و الخلط و لو فعل يضمن (فيدخل تحت هذا القول) و هو قوله إعمل برأيك و الضمير في يدخل يرجع إلى الشركة و الخلط على تأويل كل واحد منهما (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) أى أن يتجاوز كل واحد من البلد بعينه و السلعة بعينها و به قال احمد رحمه الله تعالى قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى اذا شرط ان لا يشترى الا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده لا تصح المضاربة و يحترز بقوله في بلد بعينه عن السوق بعينه فانه لا يتقيد بذلك بالإجماع إلا اذا صرح التخصيص بالنهى بأن قال لا تعمل في غير هذا السوق فحينئذ يتقيد (لأنه توكيل) أي لأن المضاربة توكيل و التذكير باعتبار عقد المضاربة أو حكمها (و في التخصيص فائده فيتخصص) و الفائدة من وجوه أحدها صيانة ماله عن خطر الطريق و الثاني صيانة ماله عن خيانة المضارب حيث أمكنه المنع عنها و الثالث أن الاسعار بحسب الغلاء و الرخص تختلف باختلاف البلدان فكان الشرط مفيدا و الرابع أن المضارب ما دام في المصر لا يستحق المنفعة في مال المضارب و في السفر يستحقها فيه (و كذا ليس له أن يدفعه بضاعة) أى و كذا ليس للمضارب أن يدفع المال بضاعة أراد ليس له الإبضاع (إلى من يخرجها) أي البضاعة (من تلك البلدة) أى البلدة التي عينها رب المال (لأنه) أى لأن المضارب (لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره) أي تفويض الإخراج إلى غيره (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن خرج إلى غير تلك البلدة) التى عينها (فاشترى ضمن) لأنه تصرف فيه بخلاف أمره فكان غاصباً و لم يرد من قوله فاشترى ضمن أن الضمان يترتب على الشراء لأن الضمان يجب عليه بمجرد الإخراج و إنما مراده استقرار الضمان على ما يجئ في الكتاب (و كان ذلك) أي الذي اشتراه (له) أى للمضارب (و له ربحه) أى كان له ربحه الذي حصل منه و لكن يتصدق به على قولهما و على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يطيب له الربح فلا يلزمه التصدق (لأنه تصرف بغير أمره) أى لأن الإخراج أو الشراء تصرف في ملك غيره بغير أمره فيصير غاصباً فلم يبق مضارباً (و إن لم يشتر

حتى رده إلى الكوفة و هي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك و رجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق و كذا إذا رد بعضه و اشترى ببعضه في المصر كان المردود و المشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا و هو رواية الجامع الصغير و في كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج و الصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج و إنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب

حتى رده الى الكوفة و هي) أى و الحال أن الكوفة هي (التي عينها) أى رب المال (برئ) أى المضارب (من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك) أى المخالفة (و رجع المال مضاربة على حاله لبقائه) الضمير في الموضعين يرجع إلى المضاربة و التذكير في الأول باعتبار العقد و في الثاني باعتبار المال (فى يده) أى فى يد المضارب (بالعقد السابق) فإن قيل قوله و رجع المال مضاربة يدل على انها زائلة و إذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد أجيب بأنه على رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء و الفرض خلافه و انما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال و أما على رواية المبسوط فانها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الاخراج (و كذا إذا رد بعضه) أى كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه (و اشترى ببعضه في المصر) أى و الحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه (كان المردود و المشترى في المصر على المضاربة لما قلنا) اشار به الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق في الايضاح ما اشترى ببعضه فهو له و ما رد على المضاربة (ثم شرط) أى للضمان (بها) أى بالمضاربة و المراد منها مال المضاربة (هنا) أى فى الجامع الصغير حيث قال فان خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن ثم فسر قوله ثم شرط الشراء بها هنا بقوله (و هو رواية الجامع الصغير) اي المذكور في شرط الشراء هو رواية الجامع الصغير (و في كتاب المضاربة) يعني من المبسوط (ضمنه بنفس الإخراج) أى ضمن المضارب مال المضاربة بنفس الاخراج سواء اشترى به أو لا (و الصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج و إنما شرط الشراء) يعنى فى الجامع الصغير (للتقرر لا لأصل الوجوب) يعني لتقرر الوجوب لا لأصل وجوب الضمان حاصله أن الضمان يجب بنفس الإخراج و لكنه على شرف الزوال فإذا اشترى به تقرر و تأكد أشار له بقوله لزوال

و هذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق و لا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر و الولاية إليه و معنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا

احتمال الرد و أما إذا اشترى ببعضه فيه و ببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره و له ربحه و عليه و ضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدرو الباقي على المضاربة إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي قيل فيه نظر لأن الصفقة متحدة و في ذلك تفريقها قلنا الجزء معتبر بالكل و تفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً و لا ضرر عند الضمان (و هذا) أشار بهذا إلى قوله و إن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه (بخلاف ما إذا قال على أن تشترى في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى بان قال إعمل في السوق و لا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر و الولاية) أى ولاية الحجر (اليه) أي إلى رب المال فإن قيل ينتقض هذا بما لو قال بع بالنسيئة و لا تبع بالنقد حيث لو باع بالنقد لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد و النسيئة لا يتفاوت و الجواب عن هذا مبني على أصل و هو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغير المفيد من كل وجه لغو و المفيد من وجه دون وجه متبع عند النهى الصريح و لغو عند السكوت عنه فالأول كالتخصيص ببلد و سلعة و قد تقدم و الثاني كصورة النقض فإن (١) البيع نقداً بثمن كان ثمن النسيئة خير فكان التقييد مضراً و الثالث كالنهى عن السوق فإنه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة و هو ظاهر و حكما فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظ في غيرها و قد تختلف الأسعار ايضاً باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه و هو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا شرط الايفاء فى السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه خالة التصريح بالنهى لولاية الحجر و لم يعتبر عند السكوت عنه (و معنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا) لما قال فيما مضى و إن خص له رب المال ...... إلى آخره شرع هنا بيان معنى التخصيص و ذكر ألفاظا تدل على التخصيص و معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا و كذا أي بهذه الألفاظ و الغرض من ذكره التمييز بين ما يدل

---

(١)فان البيع نقدا بثمن كان ثمن النسيئة خير أقول جملة كان صفة بثمن و اسم كان ضمير راجع إليه و قوله ثمن النسيئة خبر كان و قوله خير خبر إن.

أو في مكان كذا و كذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال و اعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها و في غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

منها على التخصيص و ما لا يدل و مجموع ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص و اثنان منها تعتبر مشورة و الضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده و هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به و يصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقاً به لئلا يلغو و إذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة و على هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا يكون تخصيصا لأنه أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يبتدئ بقوله على أن تعمل كذا و هذا هو الأول من الستة و الثاني هو قوله (أو فى مكان كذا) بأن قال خذ هذا المال على أن تعمل فى مكان كذا بالكوفة مثلا و الثالث هو قوله (و كذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة) يجوز في اللام الجزم على أنه جواب الأمر و يجوز الرفع على تقدير أنت تعمل به و كلام المصنفؒ يحتمل الوجهين (لأنه تفسير له) أى لأن قوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ هذا المال مضاربة و الرابع هو قوله (أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل) و التعقيب و المتصل المتعقب للمبهم تفسير له و الخامس هو قوله (أو قال خذه) أى خذ هذا المال (بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق) فيقتضى إلصاق موجب كلامه و هو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة و هو أن يكون العمل فيها السادس لم يذكره المصنفؒ و هو أن يقول خذه بالنصف لتعمل به بالكوفة و جعل الكاكيؒ النوع الثالث على قسمين باعتبار الجزم و الرفع و لم يذكر قوله على أن تعمل كذا و جعل صاحب العنايةؒ هذا قسما واحداً و جعل السادس ما ذكرناه و الصواب أن الذي ذكره المصنفؒ ستة و هي أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع أو تعمل به بالجزم أو فاعمل به في الكوفة أو خذه بالنصف بالكوفة و بقى لفظان يعد كل واحد منهما مشورة ولا يعد شرطا أحدهما أن يقول دفعت اليك هذا الألف مضاربة بالنصف إعمل بها بالكوفة بغير الواو و الثاني أن يقول و اعمل بها بالكوفة بالواو أشار اليه بقوله (أما إذا قال خذ هذا المال و اعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها و في غيرها لأن الواو للعطف) و الشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاما مبتدأ (فيصير بمنزلة المشورة) كأنه قال إن

و لو قال على أن تشتري من فلان و تبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة و تبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان و فائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك

فعلت كذا كان أنفع و المشورة (١) بفتح الميم و ضم الشين و هو استخراج رأى على غالب الظن فإن قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدّ إلي ألفاً و انت حر أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ قلت لم لا يجوز أن يكون حالاً مقدرة كما في قوله تعالى ﴿محلقين رؤوسكم و مقصرين﴾ (و لو قال على أن تشتري من فلان و تبيع منه صح التقييد) ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم يعني لو قال رب المال خذه مضاربة على أن تشتري إلى آخره (لأنه) أي لأن تقييده (مفيد لزيادة الثقة به) أي بفلان (في المعاملة) لتفاوت الناس في المعاملات قضاء و اقتضاء و مناقشة في الحساب و التنزه عن الشبهات و بقولنا (٢) قال أحمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى لا يصح هذا التقييد فلا تصح المضاربة و لنا ما ذكرنا (بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها) أي بالمضاربة و أراد بها مال المضاربة (من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشترى به من الصيارفة و تبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها) أي من غير أهل الكوفة (أو من غير الصيارفة جاز) في الوجهين جميعاً (لأن فائدة الأول) و هو قوله على أن تشتري بها من أهل الكوفة (التقييد بالمكان) و هو الكوفة (و فائدة الثاني) و هو قوله على أن تشتري به من الصيارفة و تبيع منهم (التقييد بالنوع) و هو بيع الصرف (هذا هو المراد عرفاً) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال في هذا عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأول يقتضي شراءه من كوفي لا من غيره سواء كان في الكوفة أو في غيرها و تقرير الجواب ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف و العرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله و قد حصل ذلك بها و لما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف و قد حصل ذلك (لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الأول

(١)المشورة الخ. و في اللسان: المشورة (بفتح الميم و ضم الشين) و المشورة (بفتح الميم و سكون الشين المعجمة و فتح الواو) لغتان. قال الفراء: المشورة (بضم الشين) أصلها مشورة (بسكون الشين) ثم نقلت إلى مشورة (بضم الشين) لخفتها. الليث: المشورة (بسكون الشين) مفعلة اشتق من الاشارة و يقال مشورة (بضم الشين). (٢)و بقولنا قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني ص١٨٤ ج٥. (١)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني ص١٨٥ ج٥.

قال و كذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل فيتوقت بما وقته و التوقيت مفيد فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع و المكان قال و ليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح و ذلك بالتصرف مرة بعد أخرى و لا يتحقق فيه لعتقه و لهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر و الشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه

و غير النوع في الثاني (قال) أي القدوري (و كذلك إن وقت) أى رب المال (للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه) يعني أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع و المكان (لأنه) أي لأن عقد المضاربة (توكيل فيتوقت بما وقته) كالوكالة الموقتة و به قال أحمد رحمه الله تعالى في ظاهر روايته و قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى في رواية لا يصح توقيته لأنه يؤدي إلى ضرر بالعامل و قال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى إن شرط المدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح و إن شرط المدة على أن لا يشترى بعدها صح و لنا ما ذكره بقوله (و التوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع) نحو الطعام (و المكان) نحو الكوفة (قال) أى القدوري (و ليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة) مثل ابيه و ابنه (أو غيرها) أى أو غير قرابة يعني يعتق عليه و لكن لا لقرابة بل لوجه آخر نحو المحلوف بعتقه و به (١) قال اكثر الفقهاء إذا كان بغير اذن رب المال و إذا كان بإذنه يصح و تنفسخ المضاربة (لأن العقد وضع لتحصيل الربح و ذلك) أي تحصيل الربح (بالتصرف مرة بعد اخرى و لا يتحقق) أى التصرف مرة بعد اخرى (فيه) أى في شراء من يعتق عليه (لعتقه) أى لعتق من يعتق عليه بالشراء فلا يبقى التصرف بعد ذلك و في هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة و الوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقاً إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفاً و ذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل و قيد بقوله اشترلي عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً (و لهذا) أى و لكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح (لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر و الشراء بالميتة) لانتفاء التصرف فيه بتحصيل الربح (بخلاف البيع الفاسد) يعني يدخل في المضاربة البيع الفاسد لأن المبيع يملك بالقبض فيدخل (لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه) أي لأن المضارب يمكنه بيع المبيع في البيع الفاسد

(١) و به قال أكثر الفقهاء كذا في المغنى ص ١٥٦ ج ٥.

فيتحقق المقصود قال و لو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه نصيبه و يفسد نصيب رب المال أو يعتق على الإختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود

بعد قبضه إياه فلا يكون مخالفاً بالبيع الفاسد (فيتحقق المقصود) و هو تحصيل الربح و عند الثلاثة رحمهم الله تعالى يصير مخالفاً بالبيع الفاسد كما في البيع الباطل (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و لو فعل) أى و لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال (صار مشترياً لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف) قيد بقوله متى وجد نفاذاً احترازاً عن الصبي و العبد المحجوزين فإن شراءهما يتوقف على اجازة الولي و المولى و إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع و يرجع البائع على المضارب و بين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه و قال مالك رحمه الله تعالى إن كان العامل عالما موسراً بيع منه بقدر رأس المال و إن كان غير عالم عتق على رب المال و لا غرم على العامل و على هذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته فيه (قال) أى القدورى (فإن كان في المال ربح (١) لم يجز له) أى للمضارب (أن يشتري من يعتق عليه) أى على المضارب (لأنه يعتق عليه) أى على المضارب (نصيبه) أى نصيب المضارب (و يفسد نصيب رب المال) لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى و المستسعى لا يجوز بيعه (أو يعتق) أى العبد كله عندهما أشار إلى هذا بقوله (على الاختلاف المعروف) و هو أن الإعتاق يتجزأ عنده خلافاً لهما (فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود) و هو الاسترباح و بقولنا (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و في قول يصح و لا يعتق لأنه

(١) ربح و فى البحر: و المراد من الربح هنا أن يكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن حتى لو كان المال ألفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه و أما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فأن يظهر فى الجملة ربح حتى لو أعتقهما رب المال فى هذه الصورة صح و ضمن نصيب المضارب منهما و هو خمسمائة موسرا كان أو معسرا كذا فى الفتاوى الظهيرية. (٢) و بقولنا قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و فى شرح الوجيز للرافعى الشافعي رحمه الله تعالى ص ٢٥ ج٦ – إذا اشترى العامل أى المضارب من يعتق عليه نظر إن لم يكن فى المال ربح صح الشراء و لم يعتق عليه ثم ان ارتفعت الأسواق و ظهر ربح بنى على القولين فى أن العامل متى يملك الربح؟ إن قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق بشئ منه و إن قلنا بالظهور فأظهر الوجهين أنه يعتق عليه قدر حصته من الربح و الثانى لا يعتق فان قلنا =>

و إن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة و إن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه و لم يضمن لرب المال شيئاً لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة و لا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره و يسعى العبد في

لا يملك الربح بمجرد الظهور بل يملكه بالقسمة و به قال (١) أحمد رحمه الله تعالى في وجه و مالك رحمه الله تعالى فى رواية و فى قول يصح و يعتق نصيبه و به قال مالك رحمه الله تعالى فى رواية و احمد رحمه الله تعالى فى وجه و إن لم يكن في المال ربح يصح شراؤه بالإجماع (و إن اشتراهم) أى و إن اشترى المضارب من يعتق عليه (ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة و إن لم يكن في المال ربح جاز أن أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه) يعني لا شركة للمضارب في المال حتى يعتق من يشتريه على المضارب (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) أى نصيب المضارب من الذي اشتراهم ممن يعتق عليه و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في رواية (لملكه) أى لملك المضارب (بعض قريبه و لم يضمن لرب المال شيئا لأنه لا صنع من جهته) أى جهة المضارب (فى زيادة القيمة و لا في ملكه الزيادة) أى لا صنع فى ملك المضارب الزيادة و هو نصيب المضارب من الربح (لأن هذا) اشارة إلى ما ذكر من زيادة القيمة و من ملكه الزيادة (شيء يثبت من طريق الحكم) أى حكم العقد يعني لا اختيار له فيه و عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في وجه و مالك رحمه الله تعالى في رواية يضمن إن كان موسراً (فصار كما إذا ورثه مع غيره) كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت و تركت زوجاً و أخا عتق نصيب الزوج من ابنه و لا يضمن شيئاً لأخيها لعدم الصنع منه (و يسعى العبد في

=> بالأول ففى السراية إن كان موسرا و تقويم الباقى عليه وجهان أحدهما و به أجاب الاكثرون أنها تثبت و الثانى المنع و إن كان فى المال ربح سواء كان حاصلا فى الشراء أو حصل بنفس الشراء مثل أن كان رأس المال مائة فاشترى بها أباه و هو يساوى مائتين فان قلنا إنه يملك الربح بالقسمة دون الظهور صح الشراء و لم يعتق و إن قلنا يملك بالظهور ففى صحة الشراء فى قدر حصته من الربح وجهان أظهرهما الصحة و الثانى المنع فان قلنا بالمنع ففى الصحة فى نصيب المالك قولا تفريق الصفقة و إن قلنا بالصحة ففى عتقه عليه الوجهان السابقان و إن قلنا يعتق فان كان موسرا سرى العتق إلى الباقى و لزمه الغرم و إلا بقى رقيقا اه ملخصا. (١)و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا فى المغنى ص١٥٧ ج٥.

قيمة نصيبه منه لأنه احتسبت ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاء ت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً و خمسمائة و المدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف و مائتين و خمسين و إن شاء أعتق و وجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه

قيمة نصيبه) أي نصيب رب المال و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد و مالك رحمهما الله تعالى إن كان المضارب معسراً (منه) أي من العبد (لأنه احتسبت ماليته) أي مالية العبد (عنده) أي عند العبد (فيسعى فيه) أي فيسعى العبد في نصيب رب المال (كما في الوراثة) كإن ورث جماعة عبداً يعتق أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب الباقين لاحتباس المالية عنه (قال فإن كان مع المضارب الف بالنصف) ذكره تفريعاً و هو من مسائل الجامع الصغير فلذلك ذكره بالفاء أى إن كان مع المضارب الف درهم مناصفة (فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها (١) فجاء ت بولد يساوى الفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفاً و خمسمائة و المدعي موسر) أي و الحال أن المدعي للولد و هو المضارب موسر قيد بقوله و المدعى موسر لنفي الشبهة و هى أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب و هو ضمان إعتاق في حق الولد و ضمان الإعتاق يختلف باليسار و الإعسار فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسراً و مع ذلك لا يضمن و قيد بقوله ثم بلغت قيمة الغلام الفاً و خمسمائة لأنه إذا لم تزد قيمته على الف فدعوة المضارب باطلة لأنه لا يملك واحداً من الولد و الأم لأن كلا منهما مشغول برأس المال و انتفي الحد لا حتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح و لا يثبت النسب لعدم الملك أصلا و يضمن العقر و له أن يبيع الأم و الولد لأنهما مال المضاربة (فإن شاء رب المال استسعى الغلام في الف و مائتين و خمسين و إن شاء اعتق و وجه ذلك) أي الحكم المذكور (أن الدعوة صحيحة في الظاهر) لصدورها عن أهلها في محلها (حملا على فراش النكاح) بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه (لكنه) أى لكن الادعاء بالولد (لم ينفذ) اى في حق العتق (لفقد شرطه) أى

---

(١) فوطئها الخ– و في المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص١٥٨ ج٥– و ليس للمضارب وطئ أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر و التعزير و إن علقت منه و لم يظهر فى المال ربح فولده رقيق لأنها علقت منه فى غير ملك و لا شبهة ملك و لا تصير أم ولد له كذلك و إن ظهر فى المال ربح فالولد حر و تصير أم ولد له و عليه قيمتهما و نحو هذا قال سفيان و اسحاق رحمهما الله تعالى.

و هو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم و الولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا اخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم

شرط العتق (و هو الملك) أو شبهته في الولد (لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم و الولد مستحق برأس المال) لأنه يحتمل أن يهلك أحدهما فيتعين الآخر لرأس المال فلا يظهر الربح (كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال) كما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفاً فإنه (لا يظهر الربح) عندنا خلافاً لزفر رحمه الله (كذا هذا) أي ما نحن فيه فاذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك و بدون الملك لا يثبت الاستيلاد و اعترض بوجهين أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك و تعين أن يكون الولد كله ربحاً و الثاني أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل و سلمه صح و أجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال فان رأس المال هو الدراهم و بعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها و لم يكن أحدهما اولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال و عن الثاني بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة و الفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة و إذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحاً بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة واحدة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناساً مختلفة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قولاً واحداً و عندهما ايضاً في رواية كتاب المضاربة و إذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال (فإذا زادت قيمة الغلام) أي على مقدار رأس المال (الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة) لأن سببها كان موجوداً و هو فراش النكاح فيثبت النسب منه و لكن لم تنفذ لوجود المانع و هو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا (بخلاف ما إذا أعتق) أي المضارب (الولد ثم ازدادت القيمة) أي قيمة الولد حيث لا ينفذ إعتاقه (لأن ذلك) أي الاعتاق (إنشاء العتق) و لم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا (فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا) أي إدعاء النسب (اخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم

اشتراه فإذا صحت الدعوة و ثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه و لا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب و الملك و الملك آخرهما فيضاف إليه و لا صنع له فيه و هذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي و لم يوجد و له أن يستسعى الغلام لأنه احتبست ماليته عنده و له أن يعتق لأن المستسعىٰ كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يستسعيه في ألف و مائتين و خمسين لأن الألف مستحق برأس المال و الخمسمائة ربح و الربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار

اشتراه) فانه يعتق عليه (فاذا صحت الدعوة و ثبت النسب عتق الولد) أى عندهما (لقيام ملكه) أى ملك المضارب (فى بعضه) أى بعض الولد (و لا يضمن) أى المضارب (لرب المال شيئاً من قيمة الولد) موسراً كان أو معسراً و قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و مالك رحمه الله تعالى يضمن له حصته إن كان موسراً لوجود الصنع منه و هو دعوة النسبة فيضمن إذا ملكه و لنا ما ذكره من قوله (لأن عتقه) أى عتق الولد (ثبت بالنسب و الملك و الملك آخرهما) يعني وجوداً (فيضاف) أى الحكم (اليه) أي إلى الملك لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً و أصله مسألة السفينة و القدح المسكر و دليله ما روى عن أبي بكر رضى الله تعالى عنه أن رجلا أقر بين يديه بالزنا ثلاثا فقال إياك و الرابعة فانها الموجبة (و لا صنع له) أي للمضارب (فيه) أى في ثبوت الملك لأنه شاركه بازدياد القيمة و لا صنع له فيه فلا يكون متعدياً (و هذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدى و لم يوجد) و إن انتفى الضمان بقى أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء و الإعتاق أشار اليه بقوله (و له) أي لرب المال (أن يستسعي الغلام لأنه احتبست ماليته) أى مالية العبد (عنده) أى عند العبد (وله) أى لرب المال (أن يعتق لأن المستسعىٰ كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و يستسعيه) أى رب المال يستسعى الغلام (في ألف و مائتين و خمسين لأن الألف مستحق برأس المال و الخمسمائة ربح و الربح بينهما) أى بين رب المال و المضارب (فلهذ يسعى له) أي لرب المال (في هذا المقدار) يعني في الف و مائتين و خمسين فان قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال و الولد كله ربحا و أجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال و الجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس و هذا السؤال و الجواب ذكرهما في الكافي و قال صاحب العناية و فيه نظر لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال و قد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب و

ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الإستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما و قد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح و توقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة و صارت الجارية أم ولد له و يضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك و ضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر.

باب المضارب يضارب

قال و إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة و لم يأذن له رب المال لم يضمن

هي من جنس رأس المال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته (ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي) و هو المضارب (نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ) أي من الولد (لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الإستيفاء) على الربح (ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون) أى الجارية (بينهما) أى بين رب المال و المضارب (و قد تقدمت دعوة صحيحة) من المضارب (لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح و توقف نفاذها) أى نفاذ الدعوة (لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة) السابقة (و صارت الجارية أم ولد له) أى للمضارب (و يضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك و ضمان التملك لا يستدعي صنعاً) بل يعتمد الملك و قد حصل (كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة) أى من جهة الوراثة فإنه (يضمن نصيب شريكه) كالأخ تزوج جارية أخيه فمات الأخ المولى و ترك الجارية ميراثاً بين الزوج و أخ آخر فان الزوج يملكها بغير صنعه فيضمن نصيب شريكه (كذا هذا) أى ما نحن فيه (بخلاف ضمان الولد) فإنه ضمان إعتاق و هو اتلاف فلا بد من التعدي و هو لا يتحقق بدون صنعه (على ما مر) إشارة إلى قوله لأن عتقه ثبت بالنسب و الملك و الملك آخرهما فيضاف إليه و لا صنع له فيه و الله أعلم.

(باب المضارب يضارب)

أي هذا باب في بيان أحكام المضارب حال كونه يضارب و قد علم أن المضارع المثبت إذا وقع حالاً يكتفى فيه بالضمير (قال) أي القدوري رحمة الله تعالى (و إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة و لم يأذن) أى و الحال أنه لم يأذن (له) أى للمضارب (رب المال لم يضمن) أى المضارب

بالدفع و لا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال و هذا رواية الحسنؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح و هذا ظاهر الرواية و قال زفر رحمه الله تعالى يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع و هذا الدفع على وجه المضاربة و لهما أن الدفع إيداع حقيقة و إنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الدفع قبل العمل إيداع و بعده إبضاع و الفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره

(بالدفع) أي بمجرد الدفع و قال زفر رحمه الله تعالى و الثلاثةؒ يضمن بمجرد الدفع و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه يصير مخالفاً على ما يجيء الآن (و لا بتصرف المضارب الثاني) أي و لا يضمن أيضاً بتصرف المضارب الثاني (حتى يربح فاذا ربح) أى المصارب الثانى (ضمن الأول) أى فاذا ربح المضارب الثاني ضمن المضارب الأول (لرب المال و هذا رواية الحسنؒ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا عمل به) أى إذا عمل المضارب الثانى بمال المضاربة (ضمن) أى المضارب الأول (ربح) أى المضارب الثانى (أو لم يربح و هذا ظاهر الرواية و قال زفر رحمه الله تعالى يضمن) أى المضارب الاول (بالدفع) أي بمجرد الدفع (عمل) أي المضارب الثاني (أو لم يعمل و هو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن المملوك له) أى للمضارب أراد أن الذي يملكه المضارب الأول هو (الدفع على وجه الإيداع و هذا الدفع على وجه المضاربة) فصار مخالفاً فيضمن (و لهما) أي لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن الدفع إيداع حقيقة) لأنه أمانة فلا تمليك و له ولاية الإيداع (و إنما يتقرر كونه) أى كون الدفع (للمضاربة بالعمل) أى من المضارب الثانى (فكان الحال مراعى) أي موقوفاً (قبله) أى قبل العمل إن عمل ضمن و إلا فلا (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الدفع قبل العمل إيداع و بعده ابضاع و الفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن) أى المضارب (بهما) أي بالإيداع و الإبضاع (إلا انه) أي أن المضارب الثاني (إذا ربح فقد أثبت له) أي فقد اثبت المضارب الأول لرب المال (شركة في المال فيضمن) لاشتراك الغير فى ربح مال رب المال و في ذلك اتلاف فيوجب الضمان (كما لو خلطه بغيره) أى كما يضمن المضارب لو خلط مال المضاربة بغير مالها

و هذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول و إن عمل الثاني لأنه أجير فيه و له أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول و لم يذكر الثاني و قيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع و قيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول و إن شاء ضمن الثاني بالإجماع و هو المشهور و هذا عندهما ظاهر و كذا عنده

(و هذا) أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا (إذا كانت المضاربة صحيحة) أطلق المضاربة و لم يبين أن المراد بها المضاربة الأولى أو الثانية أوكلتيهما ليتناول كلا منهما فان الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أوكلتيهما جميعا لم يضمن الأول لأن الثاني أجير فيه و له أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان و كذا لو كانت الأولى جائزة و الثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا و كذا إذا كانت الأولى فاسدة و الثانية جائزة و انما يجب الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جائزتين فإن قيل إذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم أجيب بأن المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح و مائة مثلا و للثاني نصفه (فإن كانت) أي المضاربة (فاسدة لا يضمنه الأول) أي المضارب الأول (و إن عمل الثاني) واصلة بما قبلها أى و إن عمل المضارب الثاني (لأنه) أى المضارب الثاني (أجير فيه و له) أى للمضارب الثانى (أجر مثله فلا تثبت الشركة) أي الشركة الموجبة للضمان (به) أى بالعمل و الربح (ثم ذكر في الكتاب) أى مختصر القدوري (يضمن الأول و لم يذكر الثاني و قيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما) أى عند ابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع) فان مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما (و قيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول و إن شاء ضمن الثاني بالإجماع) أي باجماع اصحابنا لحصول التعدى منهما من الأول دفع مال الغير و من الثاني الأخذ (و هو المشهور) يعني هذا القول هو المشهور من المذهب (و هذا عندهما ظاهر) لأنهما يضمنان مودع المودع (و كذا عنده) أى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على قول من يقول انه يضمن عنده ايضاً و لكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة و مسألة مودع المودع أشار اليه بقوله

و وجه الفرق له بين هذه و بين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامناً أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول و بين الثاني و كان الربح بينهما على ما شرطا لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه و إن ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد

(و وجه الفرق له) أي لابي حنيفة رحمه الله تعالى (بين هذه) أي المسألة التي نحن فيها (و بين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول) لا لنفسه (فلا يكون ضامناً أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه) يعني لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً ثم إن ضمن) أى رب المال (الأول) أى المضارب الأول (صحت المضاربة بين الأول) أى المضارب الأول (و بين الثاني) أي المضارب الثانى (و كان الربح بينهما على ما شرطا لأنه ظهر أنه ملكه) أى أن المضارب الأول ملك مال المضاربة (بالضمان من حين (١) خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضى به) أي رب المال فانه لم يرض بدفع المال إلى غيره (فصار كما إذا دفع مال نفسه) فصحت المضاربة (و إن (٢) ضمن الثاني) أى و إن ضمن رب المال المضارب الثاني (رجع) أى المضارب الثانى (على الأول بالعقد) أي على المضارب الأول بسبب العقد و به قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و به قال (٣) أحمد رحمه الله تعالى في رواية إن لم يعلم بحال المضارب الاول و إن علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة و في بعض النسخ موضع بالعقد بالعهدة أي بالضمان لأنه التزم له سلامة المقبوض فان قيل ينبغي أن يفسد العقد بالدفع إلى الثاني لأنه في ضمن المضاربة الأولى فيفسد بفساده قلت الدفع أمر حسي

(١)حين خالف الخ أقول لقائل أن يقول هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر رحمه الله تعالى لأن تحقق المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر رحمه الله تعالى و عند ابى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا تحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل و عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا تحقق بالدفع و لا بالعمل ما لم يربح و قد مر ذلك كله و لا يخفى أن الاهم بالبيان و التعليل ههنا قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى لكونه المذكور فى الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر رحمه الله تعالى فليتأمل فى التوجيه كذا فى النتائج. (٢)و إن ضمن الخ و فى البحر: و لو دفع الثانى مضاربة إلى ثالث و ربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثانى اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أى الثلاثة شاء و يرجع الثالث على الثانى و الثانى على الأول و الأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال و إلا لا ضمان على الأول و ضمن الثانى و الثالث كذا فى المحيط. (٣)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص ١٦٠ ج٥.

لأنه عامل له كما في المودع و لأنه مغرور من جهته في ضمن العقد و تصح المضاربة و الربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء و يطيب الربح للثاني و لا يطيب للأعلى لأن الاسفل يستحقه بعمله و لا خبث في العمل و الأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث قال و إذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف و أذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث و قد تصرف الثاني و ربح فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله تعالى

و الاقتضاء لا يثبت في الحسي و انما هذا في أمر شرعي (لأنه) أي المضارب الثاني (عامل له) أي لأجل المضارب الأول قيل في كلامه تناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه و ههنا قال لأنه عامل للمضارب الأول و الجواب أن الجهة مختلفة لأن الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح و عامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع و عمل المودع و هو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لعدم اتحاد الجهة (كما في المودع) أى مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع بما ضمن (ولأنه) أي الثاني (مغرور من جهته) أي من جهة الأول فانه قد غره و في بعض النسخ معذور بالذال من العذر (في ضمن العقد) أي العقد الذي بين الاول و الثاني لأن الثانى اعتمد و الاول غر (و تصح المضاربة) أى المضاربة الثانية (و الربح بينهما) أي بين المضاربين (على ما شرطا) أى المضارب الاول و المضارب الثانى (لأن قرار الضمان على الاول) فيثبت الملك له و قوله على الاول خبر إن (فكأنه) أي فكأن رب المال (ضمنه) أى المضارب الأول (ابتداء) أى في ابتداء الامر (و يطيب الربح للثاني) أى للمضارب الثانى (و لا يطيب) أى الربح (للأعلى) و هو المضارب الاول (لأن الاسفل) و هو المضارب الثاني (يستحقه) أى الربح (بعمله و لا خبث في العمل و الأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان) لأنه يستحقه برأس المال و الملك في رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً (فلا يعرى عن نوع خبث) لأن الملك الحاصل بأداء الضمان مستنداً ثابت من وجه دون وجه فاذا كان كذلك فسبيله التصدق (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا دفع اليه) أى إلى المضارب (رب المال مضاربة بالنصف و أذن له بأن يدفعه) يعنى مضاربة (الى غيره فدفعه بالثلث و قد تصرف الثاني) أى المضارب الثاني (و ربح فان كان رب المال قال له) أى للمضارب الاول (على أن ما رزق الله تعالى

فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف و للمضارب الثاني الثلث و للمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك و رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه و قد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس و يطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم و إن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث و الباقي بين المضارب الأول و رب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف و جعل لنفسه نصف ما رزق الأول و قد رزق

فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف و للمضارب الثاني الثلث و للمضارب الاول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة) أي لأن دفع المضارب الأول المال إلى المضارب الثاني حال كون الدفع مضاربة (قد صح لوجود الامر به) أي بالدفع (من جهة المالك و رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للأول) أى للمضارب الأول المال (إلا النصف) بمقتضي الشرط (فينصرف تصرفه) أى تصرف الأول (إلى نصيبه) أى نصيب الأول (و قد جعل) أى الأول (من ذلك) أى من نصيبه (بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له) أى فيكون الثلث للثانى (فلم يبق إلا السدس و يطيب لهما ذلك) أى يطيب للمضارب الاول السدس و للثاني الثلث لأن الاول و ان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين ألا ترى انه لوأبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً له و إن لم يعمل بنفسه و علل المصنفؒ بقوله (لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فأستأجر غيره عليه) أي استأجر المستأجر غيره على عمل الخياطة (بنصف درهم) فإن النصف الآخر يطيب لمستأجر المستأجر لأن العمل وقع له فكذا هذا (و إن كان قال له) أي و إن كان رب المال قال للمضارب الأول (على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان) يعني قال ذلك بكاف الخطاب و كذا الحكم لو قال على أن ما ربحت في هذا من شيء أو قال على أن ما كسبت فيه من كسب أو قال على أن ما رزقت من شيء او قال على أن ما صار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان أو قال اعمل فيه برأيك (فللمضارب الثاني الثلث و الباقي بين المضارب الأول و رب المال نصفان لأنه) أى لأن رب المال (فوض إليه) أى إلى المضارب الأول (التصرف و جعل لنفسه نصف ما رزق الأول و قد رزق) أى الأول

الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا و لو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني و بينك نصفان و قد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف و الباقي بين الأول و رب المال لأن الاول شرط للثاني نصف الربح و ذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه و قد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول و لم يربح إلا النصف فيكون بينهما و لو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال له فما كان من فضل فبيني و بينك نصفان و قد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف و للمضارب الثاني النصف و لا شيء للمضارب الاول لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط و يخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله و إن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح

(الثلثين فيكون) أى الثلثان (بينهما) أى بين رب المال و المضارب الأول لأنه شرط نصف ما يحصل و ما شرط نصف الجميع (بخلاف الأول) أي الوجه الأول (لأنه) أي لأن رب المال (جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا) أي فافترق الحكمان (و لو كان) أى رب المال (قال له) أى للمضارب الأول (فما ربحت من شيء فبيني و بينك نصفان) هذا من مسائل الجامع الصغير (و قد دفع) أى و الحال أن الأول قد دفع (إلى غيره بالنصف فللثاني النصف و الباقي بين الأول و رب المال لأن الأول شرط للثاني نصف الربح و ذلك) أى الشرط (مفوض إليه) أى إلى الأول (من جهة رب المال فيستحقه) أى يستحق المضارب الثانى النصف (و قد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول و لم يربح إلا النصف فيكون) أى النصف (بينهما) أي بين الأول و رب المال (و لو كان قال له) أى لو كان رب المال قال للمضارب الأول (على أن ما رزق الله فلي نصفه أو قال له فما كان من فضل فبينى و بينك نصفان و قد دفع) أي والحال أن الأول قد دفع المال (إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف و للمضارب الثانى النصف و لا شيء للمضارب الأول لأنه) أى لأن رب المال (جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه) أى نصيب الاول (فيكون) أى النصف (للثاني بالشرط و يخرج الأول بغير شيء) لأنه جعل ما كان له للثاني (كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر) أي المستأجر بفتح الجيم (غيره ليخيطه بمثله) أى بدرهم فانه لا يبقى له شيء (و إن شرط للمضارب الثانى ثلثي الربح) و

فلرب المال النصف و للمضارب الثاني النصف و يضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه و قد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به و لأنه غره في ضمن العقد و هو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه و هو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم و نصف.

فصل

قال و إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح و لعبد رب المال ثلث الربح

قد قال رب المال أن لى نصف الربح (فلرب المال النصف و للمضارب الثاني النصف و يضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) هذا لفظ القدوري في مختصره (لأنه) أي لأن المضارب الأول (شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ) أى شرطه (فى حقه) أى فى حق رب المال (لما فيه من الإبطال) أى ابطال حق رب المال (لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه و قد ضمن له) أي و قد ضمن المضارب الأول للثاني (السلامة فيلزمه) أى يلزم المضارب الاول (الوفاء به) أي بما ضمنه (و لأنه غره) أى و لأن المضارب الأول غر الثاني (في ضمن العقد) حيث شرط له النصف (و هو) أي الغرور في ضمن العقد (سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه) أي فلأجل ذلك يرجع الثانى على الاول قيد الغرور بقوله فى ضمن العقد لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجباً للضمان كما لو قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه و لم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق و أخذ ماله فلا ضمان عليه (و هو) أي الحكم المذكور في الضمان (نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه) أي دفع المستأجر بفتح الجيم الثوب (إلى من يخيطه بدرهم و نصف) فانه يقوم بالنصف من عنده لأنه غره بالتسمية فكذا هذا.

(فصل)

الفصل مهما فصل لا ينون و مهما وصل ينون لأن الإعراب يكون بعد التركيب و التقدير هذا فصل في بيان حكم كذا و كذا و لما (١) كان فيه حكم مغاير لما سبق فصله لذلك (و إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح و لعبد رب المال ثلث الربح) هذه من مسائل الجامع الصغير

(١)لما كان الخ. و فى العناية: لما كان للمضاربة بعد إدخال عبد المضارب أو رب المال حكم غير ما ذكر أورده فى فصل على حدة.

على أن يعمل معه و لنفسه ثلث الربح فهو جائز

أي و شرط أيضاً لعبد رب المال ثلث الربح (على (١) أن يعمل) أى العبد (معه) أي مع المضارب وكلمة على يجيئ للشرط كما في قوله تعالى ﴿يبايعنك (٢) على أن لا يشركن بالله﴾ (و لنفسه ثلث الربح) أي و شرط لنفس المضارب ثلث الربح (فهو جائز) أي هذا الحكم أو هذا العقد جائز و ذلك لأن اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة لأن للعبد يداً معتبرة و لهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد من يد المودع و إذا جازت المضاربة كان نصيب العبد من الربح للمولى إن لم يكن عليه دين و إن كان عليه دين فغرماؤه أحق بذلك كسائر أكسابه بخلاف شرط العمل على رب المال فانه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة و قوله لعبد رب المال ليس بقيد لأن حكم عبد المضارب كذلك و كذا لو شرط لاجنبي و كذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له و في (٣) الذخيرة إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب و رب المال فهو على وجوه. الوجه الاول: إذا شرط ذلك لاجنبي و في هذا الوجه إن شرط عمل الاجنبي فالمضاربة جائزة و الشرط جائز و يصير رب المال دافع مال المضاربة إلى رجلين و إن لم يشترط عمل الاجنبى فالمضاربة جائزة و الشرط باظل و يجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون (٤) لرب المال و الوجه الثانى: إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالشرط جائز و المضاربة جائزة على كل حال و إن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال و إن كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح الشرط و يكون هذا المشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال و عندهما يصح الشرط و يجب الوفاء به و إن كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف و الوجه الثالث: إذا شرط بعض الربح لبعض من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له نحو الابن و المرأة و المكاتب و من اشبههم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح للاجنبي و الوجه الرابع: إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال فهو جائز و يكون المشروط

(١)على أن يعمل الخ. اشتراط عمل العبد مع المضارب وقع اتفاقا أو إعلاما أن يده لينست يد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة بخلاف إشتراطه على المولى كذا فى التبيين. (٢)يبايعنك الآية. الممتحنة: ١٢. (٣)و فى الذخيرة الخ و كذا فى المحيط كما فى الهندية. (٤)فيكون لرب المال- و فى الهندية: لو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو فى الرقاب لم يصح الشرط لأنه ليس للمشروط له رأس مال و لا عمل لهم فصار كالمسكوت عنه فيكون لرب المال كذا فى محيط السرخسيّ اه.

لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له و اشتراط العمل إذن له و لهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد و إن كان محجوراً عليه و لهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون و إذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم و التخلية بين المال و المضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر و إذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط و الثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين

له فقضى دينه به و قيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض اصحاب الشافعي رحمه الله تعالى و بعض أصحاب أحمد رحمه الله تعالى و في غيره لا خلاف و عند (١) اكثر أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا و هو قول مالك رحمه الله تعالى و ظاهر (٢) قول أحمد رحمه الله تعالى (لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له و اشتراط العمل إذن له) فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فيصح سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنه في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر (و لهذا) أي و لكون يد العبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد و إن كان) واصلة بما قبلها أى و إن كان العبد (محجورا عليه) عند الايداع أراد لا يجوز له استرداد ما أودعه العبد من يد المودع (و لهذا) أي و لعدم ولاية الاخذ للمولى من مودعه (يجوز بيع المولى من عبده المأذون) يعني إذا كان مديوناً و هذا بالإجماع أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلأن المولى اجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين و أما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة و قد وجدت على ما يجيء في المأذون إن شاء الله تعالى (و إذا كان كذلك) يعني إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة و جواز بيع المولى منه إذا كان مأذوناً له مديوناً (لم يكن) أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه (مانعاً من التسليم و التخلية بين المال و المضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه) أي لأن الاشتراط على رب المال (مانع من التسليم) و التخلية فاذا كان مانعاً فقد بطل (على ما مر) أي عند قوله و شرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب (و إذا صحت المضاربة) المذكورة (يكون الثلث) أي ثلث الربح (للمضارب بالشرط و الثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين) لأن العبد و ما في يده

(١) عند اكثر أصحاب الشافعى رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص ١٠ ج٦. (٢) ظاهر قول احمد رحمه الله تعالى كما فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص١٣٨ ج٥.

و إن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى و لو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي و شرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك و إن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف.

فصل في العزل و القسمة

قال و إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه

لمولاه (و إن كان عليه) أي على العبد (دين فهو) أى كسب العبد (للغرماء) لأن المولى لا يملك أكساب العبد المديون (هذا) أي الذي ذكرناه من الحكم (إذا كان العاقد هو المولى و لو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي و شرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه) أى على العبد المأذن (دين لأن هذا) أى الشرط (اشتراط العمل على المالك) و اشتراط العمل على المالك يفسد المضاربة على ما مر (و ان كان على العبد) أي العبد المأذون له المذكور (دين صح) أي اشتراط العمل على المولى (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن المولى بمنزلة الاجنبي عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (على ما عرف) أي في كتاب المأذون و عندهما لا يصح هذا فحينئذ الاشتراط على المولى مفسد و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى.

(فصل في العزل و القسمة)

أى هذا فصل في بيان أحكام العزل أي عزل المضارب و فى بيان أحكام القسمة أى قسمة المضاربة قاله السغناقيّ و الاولى أن يقال قسمة الربح على ما لا يخفى (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا مات رب المال او المضارب) أي أو مات المضارب (بطلت (١) المضاربة لأنه) أي لأن

---

(١) بطلت المضاربة و به قال الشافعي كما في شرح الوجيز ص٤٠ ج٦ و احمد رحمه الله تعالى كما فى المغنى ص١٨١ ج٥. و فى الدرالمختار: (و تبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة و كذا بقتله و حجر يطرأ على أحدهما و بجنون أحدهما مطبقا قهستاني و فى البزازية: مات المضارب و المال عروض باعها وصيه و لو مات رب المال و المال نقد تبطل فى حق التصرف و لو عرضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض و نقد اه. و فى تقريرات الرافعي: (قول الشارح مات المضارب و المال عروض باعها وصيه الخ) فى الفتاوى الانقروية مات مضارب و المال عروض فولاية البيع لوصيه لا لرب المال لأنها له فى حياته فلمن قام مقامه بعده بخلاف عدل مات فى باب الرهن فانه ليس لوصيه حق البيع و قيل ولاية البيع لوصيه و لرب المال و هو الاصح إذ الحق للمضارب و الملك لرب المال فكأنهما شريكان جامع الفصولين فى أواخر الفصل الأول اه ثم ذكر عن مبسوط السرخسيّ أن الذى يلى البيع هو وصى المضارب و أنه فى المضارب الصغير يبيعها وصى الميت و رب المال و ان ما ذكرهنا أصح لأن الوصى قائم مقام الموصى و كان للموصى أن ينفرد ببيعها فكذلك لوصيه و هذا =>

توكيل على ما تقدم و موت الموكل يبطل الوكالة و كذا موت الوكيل و لا تورث الوكالة و قد مر من قبل و إن ارتد رب المال عن الإسلام و العياذ بالله و لحق بدار الحرب بطلت المضاربة

المضاربة و تذكير الضمير إما باعتبار العقد و إما باعتبار المذكور و لو قال لأنها لكان أولى (توكيل) أراد أن مبناها على الوكالة لأن المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين و العمل من الآخر فاذا كان مبناها على الوكالة تبطل بموتهما أو موت أحدهما كما في الوكالة (على ما تقدم) من قوله في أول كتاب المضاربة و هو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه (و موت الموكل يبطل الوكالة) لأن الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الآمر في كل ساعة (و كذا) أى يبطل الوكالة (موت الوكيل) لقيامها به و لا نعلم فيه خلافاً (و لا تورث الوكالة) لأنها غير لازمة كما ذكرنا فلا ينتقل إلى ورثته (و قد مر) أى حكم بطلان الوكالة بموتهما أو بموت أحدهما (من قبل) يعنى فى باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة ثم اعلم أن كون المضارب كالوكيل ليس بكلي بل يفترقان في مسائل منها أن الوكيل إذا دفع اليه الثمن قبل الشراء هلك فى يده بعد الشراء فإنه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه منه ثانياً لا يرجع به مرة بعد أخرى و أما المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع وجه الافتراق أن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه للبائع و له على الموكل فاذا رجع على الموكل بعد الشراء صار مقتضيا ما استوجبه ديناً عليه و صار مضموناً عليه بالقبض فاذا هلك هلك من ضمانه فلا يرجع ثانياً و أما المضارب إذا رجع على رب المال فما يقبضه يكون امانة في يده فإذا هلك كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى و لكن لو نظرنا إلى كون المال امانة في أيديهما كان حكمهما واحدا من هذا الوجه و منها أن رب المال لو ارتد و لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً فالمضاربة على مضاربته بخلاف الوكيل على ما يجيئ عن قريب و منها أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزله رب المال عن المضاربة لا يعمل عزله و إن علم به خلاف الوكيل على ما يجيئ (و إن ارتد رب المال عن الإسلام و العياذ بالله و لحق بدار الحرب بطلت المضاربة) هذا إذا لم يعد مسلماً أما إذا عاد مسلماً جاز جميع ما فعل من البيع و الشراء فكان عقد المضاربة على ما كان بخلاف الوكالة حيث لا تعود بعود الموكل مسلماً

=> لأن رب المال لو أراد بيعها بنفسه لم يملك فلا معنى لاشتراط إنضمام رأيه إلى رأى الوصى اه و ما ذكره فى الفصولين جرى عليه فى نور العين فالمسئلة فيها اختلاف التصحيح.

لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته و قبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه و لو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة و لا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فإن عزل رب المال المضارب و لم يعلم بعزله حتى اشترى و باع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته

لخروج محل التصرف عن ملكه و في المضاربة لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة (لأن اللحوق) بدار الحرب (بمنزلة الموت) حكما (ألا ترى) توضيح لكون اللحوق كالموت (أنه) أى الشأن (يقسم ماله بين ورثته) كما في الموت الحقيقي و يعتق مدبروه و أمهات أولاده (و قبل لحوقه) بدار الحرب (يتوقف تصرف مضاربه) أى مضارب رب المال الذي ارتد على النفاذ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه) أى المضارب (يتصرف له) أي لرب المال (فصار) أي تصرف المضارب (كتصرفه) أي كتصرف رب المال (بنفسه) فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لارتداده فكذا تصرف نائبه و هو المضارب (و لو كان المضارب هو المرتد) بنصب الدال لأنه خبر كان و قوله هو ضمير الفصل (فالمضاربة على حالها) في قولهم جميعاً حتى لو اشترى أو باع و ربح أو خسر ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز و الربح بينهما على ما اشترطا (لأن له) أي للمضارب (عبارة صحيحة) لكونه عاقلاً بالغاً (و لا توقف في ملك رب المال) لأنه نائب فيه عن رب المال أو متصرف في منافع نفسه و لا حق لورثته في ذلك بخلاف رب المال لأن التوقف فيه لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه و العهدة في جميع ذلك على رب المال عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما تصرفه بعد الردة كتصرفه قبلها فالعهدة عليه و يرجع بذلك على رب المال (فبقيت المضاربة) الفاء جواب شرط محذوف و التقدير و إذا كان كذلك فبقيت المضاربة على حالها (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فإن عزل رب المال المضارب و لم يعلم) أى المضارب (بعزله) أي بعزل رب المال إياه فالمصدر مضاف إلى فاعله و ذكر المفعول مطوى و يجوز أن يكون مضافاً إلى مفعوله و طوى ذكر الفاعل (حتى اشترى) أي المضارب (و باع فتصرفه جائز لأنه) أي لأن المضارب (وكيل من جهته) فلا ينعزل إلا بعلمه لأنه عزل قصدي فيتوقف على العلم لأن العزل نهى و الأحكام

و عزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه و إن علم بعزله و المال عروض فله أن يبيعها و لا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح و إنما يظهر بالقسمة و هي تبتنى على رأس المال و إنما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال

المتعلقة بالأمر و النهى لا يؤثر فيها النهي إلا بعد العلم دليله أوامر الشرع و نواهيه أشار إلى ذلك بقوله (و عزل الوكيل قصداً) أي عزلاً قصداً أو مقصوداً أو يكون حالاً أي قاصداً (يتوقف على علمه) أي علم الوكيل لما ذكرنا (و إن (١) علم بعزله و المال) أي و الحال أن المال (عروض فله) أى فللمضارب (أن يبيعها و لا يمنعه العزل من ذلك) أي من البيع عند أكثر أهل العلم فله أن يبيعها نقداً و نسيئة كما قبل العزل حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه و كذا لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة كما قبل العزل (لأن حقه) أي حق المضارب (قد ثبت في الربح و إنما يظهر) أي حقه في الربح (بالقسمة و هي) أي القسمة (تبتنى على رأس المال) بان يكون نقداً (و إنما ينض) أي ينقد (بالبيع) بأن تباع العروض حتى يصير أحد النقدين و نض (٢) ينض من باب ضرب يضرب من النضيض و هو خروج الماء عن الحجر أو نحوه وسيلانه قليلا قليلا و الناض عند أهل الحجاز الدراهم و الدنانير و مادته نون و ضاد معجمة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (ثم لا يجوز أن يشتري) أي المضارب المعزول (بثمنها) أى بثمن تلك العروض التي نضت (شيئاً آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضروزة) أي لأجل ضرورة (معرفة رأس المال) لأجل

---

(١) و إن علم الخ. و المراد بالعلم ما يستفاد من خبر رجلين مطلقا أو واحد عدل إن كان فضوليا و إلا فخبر مميز كذا فى البحر. (٢) نض الخ كذا فى المغرب مادة نضض ص٣٠٨ ج٢ و فى اللسان: النض: نضيض المآء كما يخرج من حجر نض المآء ينض (من باب ضرب) نضا و نضيضا: سال و قيل: سال قليلا قليلا و قيل: خرج رشحا و بئر نضوض إذا كان مآؤها يخرج كذلك و النضض: الحسي و هو مآء على رمل دونه إلى أسفل أرض صلبة فكلما نض منه شئ أى رشح و اجتمع أخذ و استنض الثماد من المآء: تتبعها و تبرضها و النضيض: المآء القليل و الجمع نضاض (بكسر النون) يقال نض المآء من العين إذا نبع و يجمع على أنضة و النضيضة: المطر الضعيف القليل و الجمع نضائض و النضيضة: السحابة الضعيفة و قيل: هى التى تنض بالمآء تسيل و النضيضة من الرياح: التى تنض بالمآء فتسيل و قيل: هى الضعيفة و النض: الدرهم الصامت و الناض من المتاع: ما تحول ورقا أو عينا الاصمعى: اسم الدراهم و الدنانير عند أهل الحجاز الناض و النض و إنما يسمونه ناضا إذا تحول عينا بعد ما كان متاعا لأنه يقال: ما نض بيدئ منه شئ ابن الاعرابى: النض الاظهار و النض الحاصل يقال: خذ ما نض لك من غريمك و خذ ما نض لك من دين أى تيسر و هو يستنض حقه من فلان أى يستنجزه و يأخذ منه الشئ بعد الشئ و نضنض الرجل إذا كثر ناضه و هو ما ظهر و حصل من ماله اه ملخصا.

و قد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل و إن عزله و رأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال و هذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم و رأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به و صار كالعروض و على هذا موت رب المال في بيع العروض

القسمة (و قد اندفعت) أي الضرورة (حيث صار) أى رأس المال (نقداً) أى دراهم أو دنانير (فيعمل العزل) بعمله (و إن عزله) أى و إن عزل رب المال المضارب (و رأس المال) أى و الحال أن رأس المال (دراهم أو دنانير قد نضت) أي نقدت بأحد النقدين (لم يجز له) أى للمضارب (أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه) أى حق المضارب (في الربح فلا ضرورة) في تصحيح تصرفه لاندفاعها بكون المال نضاً (قال) أى المصنفؒ (و هذا الذي ذكره) أى القدوري رحمه الله تعالى (إذا كان) أى المال الذي نض (من جنس رأس المال) بأن كان كل منهما دراهم أو دنانير (فإن لم يكن) أى المال الذي نض من جنس رأس المال (بأن كان دراهم و رأس المال دنانير أو على القلب) أى أو كان على العكس بأن كان دنانير و رأس المال دراهم (له) أى للمضارب (أن يبيعها بجنس رأس المال) قيد به لأنه ليس له أن يشتري بالعروض (استحساناً) أى من حيث الاستحسان (لأن الربح لا يظهر إلا به) بأن يبيعها بجنس رأس المال لأن (١) الواجب عليه رد مثل رأس المال (و صار كالعروض) في حكم جواز البيع بعد العزل و في القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كأن رأس المال قد نض (و على هذا) إشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك أي على الحكم المذكور (موت رب المال) و ارتفاع الموت بالابتداء و خبره قوله على هذا (في بيع العروض) بأن كان المال عروضا

---

(١)لأن الواجب الخ . و فى الشامية: (فرع) قال فى القنية من المضاربة أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفى دنانير و له أن يأخذ من المال بقيمتها و تعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه و فى شرح الطحاوى من المضاربة و يضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف بيرى فى بحث القول فى ثمن المثل و هذه فائدة طالما توقفت فيها فان رب المال يدفع دنانير مثلا بعدد مخصوص ثم تغلو قيمتها و يريد أخذها عددا لا بالقيمة تأمل و الذى يظهر من هذا أنه لو علم عدد المدفوع و نوعه فله أخذه و لو أراد أن يأخذ قيمته من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أى يوم النزاع و الخصام و كذا اذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا فى زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام و الله اعلم تأمل و فى تقريرات الرافعي: (قوله فيأخذ بالقيمة يوم الخصام) فيه أنه مع عدم العلم بنوع المدفوع لا يمكن القول بأخذ قيمته يوم الخصام إذ هو فرع معرفة نوعه.

و نحوها قال و إذا افترقا و في المال ديون و قد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير و الربح كالأجر له و إن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض و المتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به و يقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله و توكله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل و المراد منه الوكالة

و مات رب المال فلا ينعزل المضارب بل يبيعها و ينض رأس المال و كذا في لحوق رب المال بدار الحرب مرتداً لأنه موت حكماً (و نحوها) أي نحو العروض فى حق البيع بأن كان رأس المال دراهم و النقد دنانير أو على العكس (قال) أى القدوريّ (و إذا افترقا) أى إذا افترق رب المال و المضارب و المراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة (و فى المال ديون) أى و الحال أن فى المال ديونا (و قد ربح المضارب فيه) أى و الحال أنه قد ربح المضارب في المال (أجبره الحاكم على اقتضاء (١) الديون) أى على طلب الديون التي على الناس (لأنه) أى لأن المضارب (بمنزلة الأجير) حيث جعل له شيء (و الربح كالأجر له) لأنه استحق الربح بأن عمله و قد سلم له بدل عمله و هو الربح فيجبر على اتمام عمله و من إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس و لا نعلم فيه خلافاً (و إن لم يكن له) أى للمضارب (ربح لم يلزمه الاقتضاء) أي طلب الديون التي على الناس و قالت الثلاثة لزمه الاقتضاء لأنه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته و دليلنا هو قوله (لأنه) أي المضارب (و كيل محض) أي خالص (و المتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به) بل الواجب رفع يده عن المال فاذا رفع يده لا يلزمه أكثر منه لأنه وكيل محض قبل ظهور الربح (و يقال له) أي للمضارب (وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله) أى توكيل المضارب رب المال (و توكله) أى توكل رب المال (كيلا يضيع حقه) أي حق رب المال لأنه لا يمكنه المطالبة فيما عقده المضارب إلا بالتوكيل فيوكله حفظاً لحقه و في بعض النسخ حتى لا يضيع حقه (قال) أى محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير يقال له) أي للمضارب (أحل) أي رب المال و هو أمر من أحال يحيل من الحوالة (مكان قوله وكل و المراد منه) أي من قوله أحل (الوكالة) لأنه ليس عليه دليل حتى تكون حقيقة الحوالة

---

(١) إقتضاء الديون– و فى الشامية: قال فى شرح المنتقى و مفاده أن نفقة الطلب على المضارب و هذا لو الدين فى المصر و إلا ففى مال المضاربة قال فى الهندية: و إن طال سفر المضارب و مقامه حتى أتت النفقة فى جميع الدين فان فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين و ما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا فى المحيط.

و على هذا سائر الوكالات و البياع و السمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة قال و ما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع و صرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة

فعلى هذا إطلاق الحوالة على الوكالة يكون استعارة و المجوز إشتمالها على النقل (و على هذا) أى على الحكم المذكور (سائر الوكالات) أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي لا يجبر عليه و لكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن على المشترى و كذا المستبضع (و البياع) أى الذي يبيع بالأجر و هو الدلال (و السمسار (١)) بكسر السين هو المتوسط بين البائع و المشترى و في المبسوط هو من يعمل للغير بالأجر بيعاً أو شراء قلت فعلى هذا لا فرق بين الدلال و السمسار و لكن أهل اللغة فرقوا بينهما بما ذكرنا قال الأعشى:

فعشنا زماننا و ما بيننا رس ... ول يراجع أخبارها
فأصبحت لا أستطيع الجوا ... ب سوى أن أراجع سمسارها

يريد السفير بينهما و في العباب و هو لفظ معرب (يجبران على التقاضي لأنهما) أى لأن البياع و السمسار (يعملان بأجرة عادة) فيكون كالإجارة الصحيحة و لو دفع إلى سمسار ألف درهم و قال اشترلي بها رطباً بأحد عشر درهما فهذا فاسد لأنه استأجر بعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة و قد لا يتم بعشر كلمات و الحيلة في جوازه أن يستأجره يوماً إلى الليل باجر معلوم ليبيع له أو يشترى فهذا جائز لأن العقد يتناول منافعه و هي معلومة ببيان المدة والاجير قادر على تسليم نفسه في المدة و إن لم يشترط أجراً يكون وكيلاً معيناً له فيعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الأجر لأن جزاء الإحسان إحسان (قال) أى القدورى رحمه الله تعالي (و ما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع و صرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى) إنما كان الربح تابعاً لأنه لا يتصور بدون رأس المال و هو متصور بدونه فكان أصلاً (كما يصرف الهلاك إلي (٢) العفو في الزكاة) عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالي لأن العفو تبع و

(١)السمسار الخ قال في مجمع الانهر: البياع من باع للناس بأجر و السمسار بالكسر المتوسط بين البائع و المشترى يبيع و يشترى للناس بأجر من غير أن يستأجر و كذا في رد المحتار و قال في رد المحتار في موضع آخر لا فرق لغة بين السمسار و الدلال و قد فسرهما في القاموس بالمتوسط بين البائع و المشترى و فرق بينهما الفقهاء فالسمسار هو الدال على مكان السلعة و صاحبها و الدلال هو المصاحب للسعة غالبا اه. (٢)إلى العفو و هو ما فوق النصاب فان لم يجاوز الهالك العفو فالواجب على حاله كما إذا كان له تسع من الابل و حال عليه =>

فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين و إن كانا يقتسمان الربح و المضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أوكله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الاصل و هذا بناء عليه و تبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه و ما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله و إذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح

قد مر في باب الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى (لأنه أمين) فلا يكون ضميناً لما بينهما من المنافاة (و إن كانا) أى رب المال و المضارب (يقتسمان الربح و المضاربة بحالها) يعني لم يفسخاها (ثم هلك المال بعضه) أى بعض المال و رفعه على انه بدل البعض من المال (أو كله) بالرفع أيضاً لأنه بدل الكل (ترادا) (١) أى رب المال و المضارب (الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله) و في بعض النسخ رأس المال (لأن قسمة الربح لا تصح (٢) قبل استيفاء رأس المال لأنه) أى لأن رأس المال (هو الأصل) لتصوره بدون الربح (و هذا) أى الربح (بناء) أى مبني (عليه) أى على رأس المال الذي هو الأصل (و تبع له) أى لرأس المال لأنه زيادة عليه (فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة) أى حال كونه امانة غير مضمون (تبين أن ما استوفياه) أى رب المال و المضارب (من رأس المال) خبر أنْ (فيضمن المضارب ما استوفاه) أي الذى أخذه (لأنه أخذه لنفسه) و لم يكن له ذلك حتى يصل رب المال إلى رأس ماله و هذا بمنزلة قسمة الوارث التركة مع قيام الدين على الميت فلو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين و قسموا ما بقى ثم هلك المعزول قبل أن يصل إلى الغرماء بطلت القسمة و عليهم ضمان ما أخذوه من حق الغرماء لأن حقهم سابق على حق الورثة في التركة فكذلك فيما نحن فيه (و ما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله) يعني يجعل ذلك من رأس المال (و إذا استوفى) أى رب المال (رأس المال فإن فضل شيء) يعني بعد الاستيفاء (كان) أى الشيء الفاضل (بينهما) أى بين رب المال و المضارب (لأنه) أى لأن الفاضل (ربح) و قضيته أن يكون مشتركاً

=> الحول يكون الواجب فيها شاة و يكون هو الواجب فى خمس من التسع حتى لو هلك الاربع لا يسقط شئ من الشاة كذا فى مجمع الأنهر. (١)ترادا لأن القسمة تفيد ملكا موقوفا كذا فى العناية. (٢)لا تصح الخ لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال كذا فى الكفاية.

و إن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا فلو (١) اقتسما الربح و فسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت و الثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

فصل فيما يفعله المضارب

قال و يجوز للمضارب أن يبيع و يشتري بالنقد و النسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا با ع إلى أجل

بينهما (و إن نقص) يعني شيء من رأس المال (فلا ضمان على المضارب لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه امين (و لو اقتسما الربح و فسخا (٢) المضاربة ثم عقداها) ثانياً (فهلك المال لم يترادا الربح الاول لأن المضاربة الاولى قد انتهت) يعني بقسمة الربح و فسخ المضاربة (و الثانية) أى المضاربة الثانية (عقد جديد فهلاك المال في الثاني) أى في العقد الثاني (لا يوجب انتقاض الاول) أى الاقتسام الاول (كما لو دفع) و في بعض النسخ كما إذا دفع أى رب المال (اليه) أى إلى المضارب (مالاً آخر) للمضاربة غير المال الاول فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول.

(فصل فيما يفعله المضارب)

انما فصله لأنه يذكر فيه ما لم يذكره في اول المضاربة من أفعال المضارب (قال) أى القدوريّ (و يجوز للمضارب أن يبيع و يشترى بالنقد و النسيئة) أى بالحال و الأجل و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال(٣) الشافعي و مالك و أحمد في رواية و ابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى لا يجوز بغير الإذن لأنه ضد مقصود رب المال و دليلنا قوله (لأن كل ذلك) أى البيع بالنقد و النسيئة (من صنيع التجار) بضم التاء جمع تاجر و جاء بالكسر أيضاً و لكنه بتخفيف الجيم (فيتضمنه) أى إذا كان كذلك فينتظم البيع بالنقد و النسيئة دل عليه قوله أن يبيع كما في قوله تعالى ﴿إعدلوا (٤) هو أقرب للتقوى﴾ أى العدل الذى دل عليه اعدلوا (اطلاق العقد) هو كونه غير مقيد بالنقد (إلا) استثناء من قوله و يجوز أن يبيع و الأولى أن يكون من قوله فينتظمه إطلاق العقد (إذا با ع إلى أجل

---

(١)فلو –ن– و لو. (٢)فسخا المضاربة و المال فى يد المضارب كذا فى الدر و مثله فى العزمية عن صدر الشريعةؒ وهو نص على المتوهم و إلا فبالأولى إذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده و عقد أخرى و علم بهذا أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال و تقييد الزيلعيؒ به إتفاقى كما نبه عليه أبو السعودؒ كذا فى الشامية. (٣)قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى رحمه الله تعالى ص ١٥٠ ج٥ و شرح الوجيز للرافعى الشافعى رحمه الله تعالى ص ٢١ ج٦. (٤)اعدلوا الآية. المآئدة:٨.

لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس و لهذا كان له أن يشتري دابة للركوب، و ليس له أن يشتري سفينة للركوب و له أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار و له أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار و لو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة و لا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك و أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسأ.

لا يبيع التجار اليه) أى إلى ذلك الأجل بأن باع إلى عشر سنين و نحوها و قوله لا يبيع التجار جملة من محل الجر صفة لقوله إلى أجل فافهم (لأن له) أى للمضارب (الامر العام) أى الشامل (المعروف) أى المعتاد (بين الناس) أراد به ما هو صنيع التجار و البيع إلى أجل طويل غير معتاد فلا ينتظمه الإذن (و لهذا) توضيح لما ذكره (كان له) أى للمضارب (أن يشترى دابة للركوب) لجريان العادة (و ليس له أن يشترى سفينة للركوب) لعدم جريان العادة فيه هذا في المضاربة الخاصة بنوع كالطعام مثلاً أما إذا لم يخص المضاربة بنوع بل دفع المال و لم يسم ما يشتري به فاشترى سفينة أو دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز للاطلاق (و له) أى للمضارب (أن يستكريها) أى يستكري السفينة (اعتباراً لعادة التجار) فانهم يستكرون السفينة لحمل البضائع (و له) أي للمضارب أيضاً (أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار) احترز بالمشهورة عما روى ابن رستم رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يملك ذلك باطلاق العقد لأنه بمنزلة الدفع مضاربة و الفرق أن المضارب شريك في الربح و المأذون لا يصير شريكاً فيه (و لو باع) أى المضارب شيئاً (بالنقد ثم أخر الثمن) أى من المشترى بعيب أو بغيره (جاز بالإجماع) أراد به إجماع أصحابنا (أما عندهما) أى عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (فلأن الوكيل يملك ذلك) أى الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن عن المشتري (فالمضارب أولى) بالجواز لأن ولايته أعم لأنه شريك في الربح أو بعرضية أن يصير شريكاً فكان أصيلاً من وجه (إلا أن المضارب لا يضمن) إشارة إلى الفرق بينهما و هو أن المضارب إذا أخر الثمن لا يضمن لرب المال (لأن له) أى للمضارب (أن يقايل) أى البيع (ثم يبيع) أى بعد الاقالة (نسيئة) أى بالدين لأنه لما كان يملك البيع نسيئة ابتداء فكذلك بواسطة الاقالة (و لا كذلك) أى ليس كذلك (الوكيل) أي بالبيع (لأنه لا يملك ذلك) أى الاقالة و البيع بالنسيئة بعدها (و أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلأنه) أى فلأن المضارب (يملك الاقالة ثم البيع بالنسأ

بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الاقالة و لو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر و الأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة و هو ما يكون من باب المضاربة و توابعها و هو ما ذكرنا و من جملته التوكيل بالبيع و الشراء للحاجة إليه و الإرتهان و الرهن لأنه ايفاء و استيفاء و الإجارة و الاستئجار و الايداع و الإبضاع و المسافرة على ما ذكرناه من قبل و نوع لا يملكه بمطلق العقد و يملكه إذا قيل له اعمل برأيك و هو ما يحتمل أن يلحق به

بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة) فكذا لا يملك تأجيله في الثمن (و لو احتال) أى لو قبل المضارب الحوالة (بالثمن على الايسر أو الاعسر) أى على رجل أيسر من المشترى أو أعسر منه (جاز) أى الاحتيال أى الحوالة و تذكير الفعل باعتبار الاحتيال (لأن الحوالة من عادة التجار) لأنها متعارفة بينهم و هم محتاجون اليها (بخلاف الوصي يحتال) أى حال كونه يحتال (بمال اليتيم حيث يعتبر فيه) أى في هذا الحكم (الانظر) في حق الصغير (لأن تصرفه مقيد بشرط النظر) و لا نظر في قبول الحوالة على الاعسر و الاب كالوصي (و الاصل) فيما يجوز للمضارب ان يفعله و ما لا يجوز (أن ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع) أى احدها نوع (يملكه) أي المضارب (بمطلق المضاربة) يعني من غير أن يقول لرب المال إعمل برأيك (و هو) أي هذا النوع (ما يكون من باب المصاربة و توابعها) أى توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع و الشراء و الرهن و الإرتهان و نحوها على ما يجئ الآن (و هو ما ذكرنا) من البيع بالنقد و النسيئة و الإذن لعبد المضاربة و تأخير الثمن و الاحتيال به (و من جملته) أى جملة ما يملكه بمطلق العقد (التوكيل بالبيع و الشراء للحاجة اليه) أى إلى التوكيل (و الرهن و الارتهان لأنه) أي لأن أحدهما و هو الرهن (إيفاء) لما عليه (و استيفاء) أي و الآخر و هو الارتهان استيفاء لحقه (و الإجارة و الاستئجار و الإيداع و الابضاع و المسافرة) كلها مرفوع عطفاً على قوله التوكيل بالبيع و الشراء (على ما ذكرناه من قبل) إشارة إلى ما ذكر في اول الكتاب بقوله و إذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع و يشتري و يوكل و يسافر و يبضع و يودع (و نوع) أي الثاني نوع (لا يملكه) أي المضارب (بمطلق العقد) أى عقد المضاربة (و يملكه) أى يملك هذا النوع (إذا قيل له) أى للمضارب بان قال له رب المال (اعمل برأيك) للتفويض العام (و هو) أى هذا النوع (ما يحتمل أن يلحق به) أى

فيلحق عند وجود الدلالة و ذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره و خلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره و هو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد و لكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة و قوله اعمل برأيك دلالة على ذلك و نوع لا يملكه لا بمطلق العقد و لا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال و هو الاستدانة و هو أن يشتري

بالنوع الأول (فيلحق) أى النوع الثاني بالأول (عند وجود الدلالة) و هو قوله إعمل برأيك (و ذلك) إشارة إلى ما ذكر من قوله و هو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة (مثل دفع المال مضاربة) أى مثل دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة لوجود الدلالة على أن هذا مثل النوع الأول و هو قوله إعمل برأيك (أو شركة إلى غيره) أى أو مثل دفع مال المضاربة شركة إلى غيره (و خلط مال المضاربة) بجر خلط عطفاً على الدفع في دفع المال أى و مثل خلط المضارب مال المضاربة (بماله) أي بمال نفسه (أو بمال غيره) أى أو خلط مال المضاربة بمال غيره (لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره) هذا تعليل لكون هذا النوع ملحقا بالنوع الأول لاحتمال الالحاق عند وجود الدلالة (و هو) أي دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره أو خلط مالها بماله أو بمال غيره (أمر عارض) أى زائد (لا يتوقف عليه التجارة) لعدم العرف بذلك بينهم (فلا يدخل تحت مطلق العقد) أى إذا كان كذلك فلا يدخل هذا النوع تحت مطلق العقد لأن رب المال لم يرض بذلك (و لكنه) أى و لكن ما ذكر من الأمور (جهة في التثمير) أى وجه و طريق في تثمير المال أى زيادته (فمن هذا الوجه يوافقه) أى فمن جهة تثمير المال فيه يوافق ما ذكر من الأمور عقد المضاربة (فيدخل فيه) أى فيدخل ما ذكر من الأمور في عقد المضاربة (عند وجود الدلالة) و هى قوله اعمل برأيك إعمالا لمقتضى العموم أشار اليه بقوله (و قوله إعمل برأيك دلالة على ذلك) أى و قول رب المال في عقد المضاربة للمضارب اعمل برأيك دلالة على دخول ما ذكر من الأمور في العقد (و نوع) أى الثالث نوع (لا يملكه) أي المضارب (لا بمطلق العقد و لا بقوله) أى بقول رب المال (إعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال) لأنه ليس من المضاربة و لا يحتمل أن يلحق بها (و هو (١) الاستدانة) أى النوع الثالث الذي لا يملكه ايضاً إلا بالتنصيص عليه و هو الاستدانة (و هو أن يشتري) أى الاستدانة أن يشتري و ذكر الضمير

(١) و هو الاستدانة و فى البدائع: كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على إصلاحه فلو اشترى بجميع مالها ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصرها أو فتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه اه ملخصا.

بالدراهم و الدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة و ما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به و لا يشغل ذمته بالدين و لو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه و أخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة و كذا اعطاؤها لأنه إقراض و العتق بمال و بغير مال و الكتابة

لتذكير الخبر و هو قوله أن يشتري و أن مصدرية و التقدير و هو الشراء (بالدراهم و الدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة) يعني اشترى شيئاً بأحد النقدين بالدين بعد أن اشترى برأس المال المتاع و في شرح الطحاوي و لو اشترى سلعة بثمن دين و ليس عنده من مال المضاربة شئ من جنس ذلك الثمن يكون استدانة فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة و لم يكن من الاستدانة فى شئ و في الإيضاح و إن اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة و هو الألف مثلاً كانت حصة الألف مضاربة و ما زاد فهو للمضارب له ربحه و عليه وضيعته و المال دين عليه لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة (و ما أشبه ذلك) بأن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بالمكيل و الموزون لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة و أما لو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحساناً لأنهما كالجنس الواحد في الثمنية (لأنه) أى لأن الشأن (يصير المال) أي مال المضاربة (زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى) أى رب المال (به) أى بذلك الزائد (و لا يشغل ذمته بالدين و لو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى) بفتح الراء (بينهما) أى بين رب المال و المضارب (نصفين بمنزلة شركة الوجوه) و لا يكون مضاربة إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فصار شركة بينهما كشركة الوجوه و إنما كان بينهما لأن اطلاق الشركة يقتضي التساوى (و أخذ السفاتج) بالرفع عطف على قوله و هو الاستدانة أي النوع الذي لا يملكه المضارب بدون التنصيص عليه الاستدانة و أخذ السفاتج و هو عبارة عن قرض يستفاد به سقوط خطر الطريق و هو جمع سفتجة قال صاحب المغرب هو بضم السين و فتح التاء و هو تعريب سفته و سفته شيء محكم و سمي هذا القرض به لإحكام أمره (لأنه نوع من الاستدانة) فلا يملكه المضارب إلا بالتنصيص (و كذا إعطاؤها) أي و كذا من النوع الذي لا يملكه المضارب إعطاء السفاتج (لأنه إقراض) فلا يملكه المضارب لأنه ليس من التجارة (و العتق) بالرفع ايضاً و كذا من النوع الذي لا يملكه إلا بالتنصيص عتق العبد من مال المضاربة سواء كان (بمال و بغير مال) لأنه ليس من التجارة (و الكتابة) بالرفع ايضاً

لأنه ليس بتجارة و الإقراض و الهبة و الصدقة لأنه تبرع محض قال و لا يزوج عبداً و لا أمة من مال المضاربة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به المهر و سقوط النفقة و لهما أنه ليس بتجارة و العقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة و صار كالكتابة و الإعتاق على مال لأنه اكتساب و لكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة

(لأنه) أي لأن المذكور من العتق بنوعيه و الكتابة (ليس بتجارة) لأن هذه الأشياء تبرعات (و الإقراض و الهبة و الصدقة) كلها بالرفع (لأنه) أى لأن المذكور و هو الأشياء الثلاثة (تبرع محض) فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يزوج عبداً و لا أمة من مال المضاربة) قيد به لأنه يجوز من غيره بلا خلاف (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه) أي المضارب (يستفيد به) أى بترويجها (المهر و سقوط النفقة) أي عن المضارب (و لهما) أى و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أى أن تزويج الأمة (ليس بتجارة و العقد) أي عقد المضاربة (لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار) أى تزويج الأمة (كالكتابة و الإعتاق على مال لأنه) أى لأن كل واحد من الكتابة و الاعتاق على مال (اكتساب) حيث يحصل فيه المال (و لكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا) أى تزويج الأمة و إن كان فيه مال و لكن ليس بتجارة فلا يدخل تحت المضاربة (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير و ليس في كثير من النسخ لفظة قال بل قوله فإن دفع بالفاء التفريعية و صورته فيه محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى فيمن دفع إلى آخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال بها و اشترى قال هي عل حالها و ذكره المصنف بقوله (فإن دفع) أى المضارب (شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة) أى حال كون الشيء بضاعة و ههنا شيئان الأول أن قوله شيئاً و إن كان يوهم أن حكم دفع كل المال بضاعة بخلاف ذلك فليس كذلك لأن الحكم في دفع الكل و البعض سواء نص عليه في الذخيرة و المبسوط الثاني انه قيد بدفع المضارب لأن رب المال لو أخذه من منزل المضارب بغير أمره و باع و اشترى إن كان رأس المال نقدا فهو نقض للمضاربة و إن صار عوضاً لا يصير نقضاً لأنه يمكن أن يجعل معيناً لأنه يكون عاملا لغيره

فاشترى رب المال و باع فهو على المضاربة و قال زفرؒ تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً و لهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء و لنا أن التخلية فيه قد تمت و صار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال و كيلاً عنه في التصرف و الابضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخلية و بخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح

(فاشترى رب المال و باع فهو على المضاربة) يعني لا يفسد المضاربة بذلك (و قال زفر رحمه الله تعالى تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح و كيلا فيه) لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح و كيلا لغيره (فيصير) أى رب المال (مسترداً) لماله و به تنقض المضاربة (و لهذا) توضيح لما قبله (لا يصح) أى عقد المضاربة (إذا شرط العمل عليه) أى على رب المال (ابتداء) أى في ابتداء المضاربة (و لنا أن التخلية فيه) يعنى بين المال و بين المضارب (قد تمت) بتسليمه (و صار التصرف) من رب المال (حقاً للمضارب فيصلح رب المال و كيلا عنه) أى عن المضارب (في التصرف) كمالو وكل اجنبياً (و الابضاع) أي ابضاع المضارب رب المال (توكيل منه) أى من المضارب (فلا يكون) أى الابضاع (استرداداً) أى لماله لتنقض به المضاربة فإن قيل الابضاع هو أن يكون المال للمبضع و العمل من الآخر و ليس للمبضع ههنا مال فكيف يتحقق الابضاع قلنا الإبضاع هو الدفع على وجه الاستعانة و رب المال يصلح معيناً له لأنه اشفق الناس اليه تصرفاً فيصح الاستعانة به كما يصح من الأجنبي فإن قيل الاجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معيناً و رب المال يتصرف في ملك نفسه فلا يصلح معيناً و لهذا لو استأجر خياطاً و استعان الأجير بالمستأجر في الخياطة لا يستحق المستأجر الأجر لأن عمله لا يتحول إلى الاجبير فينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب قلنا في المضاربة معنى الإجارة و الشركة جميعاً و معنى الشركة راجح بل المقصود هو الشركة و لهذا لو عمل و لم يربح لا يقضي له بشيء و في الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه و إذا كان كذلك صلح رب المال معيناً أما في الإجارة يستحق الاجر بالعمل و عمل المستأجر لا يتحول إلى الاجير فافهم (بخلاف شرط العمل عليه) أى على رب المال و هذا جواب عن قياس زفرؒ (فى الابتداء) أى فى ابتداء عقد المضاربة (لأنه) أى لأن اشتراط العمل على رب المال (يمنع التخلية) أى بين المال و بين المضارب (و بخلاف ما إذا دفع) أى المضارب (المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح) أى عقد هذه

لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال و عمل المضارب و لا مال ههنا للمضارب فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع و إذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به المضاربة الأولى قال و إذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال و إن سافر فطعامه و شرابه و كسوته و ركوبه

المضاربة الثانية (لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال و عمل المضارب) لأن المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين و عمل من الآخر (و لا مال ههنا للمضارب) يعني من جانب المضارب (فلو جوزناه) أى عقد المضاربة الثانية (يؤدى إلى قلب الموضوع) أى عكسه و هو تجويز المضاربة بدون المال (و إذا لم يصح) أى عقد المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به) أى بدفع المال إلى رب المال في المضاربة الثانية (المضاربة الأولى) كالرهن في يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن و عند زفر رحمه الله تعالى تنفسخ المضاربة الأولى كما لو دفعه إعارة (قال) محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا عمل (١) المضارب في المصر فليست نفقته) أى نفقة المضارب (فى المال) أى فى مال المضاربة لعدم الاحتباس على ما يجيء (و إن (٢) سافر) أى المضارب (فطعامه و شرابه و كسوته و ركوبه) بفتح الراء و

---

(١)و إذا عمل المضارب فى المصر الخ أطلق عمل المضارب فى المصر فشمل عمله للتجارة و لاقتضاء الديون و لا رجوع له فيما أنفقه فى الخصومة لتقاضى الدين كما فى المحيط و أطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب و مضاربه إذا كان إذنه فى المضاربة و إلا فلا نفقة للثانى كما فى المحيط و أطلق المصر فشمل مصره الذى ولد فيه و المصر الذى اتخذه دارا أما لو نوى الاقامة بمصر و لم يتخذه دارا فله النفقة كذا فى شرح المجمع فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة و كان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له فى المال مادام بالكوفة فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لأن خروجه لأجل المال و لا ينفق من المال مادام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلى له فكان إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال و له أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة و انه يبطل بالسفر فان عاد إليها و ليس له بها وطن فكان إقامته فيها لأجل المال كذا فى البدائع و المحيط و الفتاوى الظهيرية اه هذا كله من البحر و فى الشامية: و يظهر منه أنه لو كان له وطن بالكوفة أيضا ليس له الانفاق إلا فى الطريق و رأيت التصريح به فى التاترخانية من الخامس عشر اه و فى هامش الشامية: (قوله و يظهر منه الخ) نقل ط عن مكى عن المبسوط ما نصه و إن تزوج إمرأة و اتخذها وطنا زالت نفقته من مال المضاربة لأن مقامه بها بعد ما تزوج كان لأجل لأهله بمنزلة وطنه الأصلى اه. (٢)و إن سافر فطعامه و شرابه و كسوته الخ أطلق السفر فشمل السفر للتجارة و لطلب الديون فيرجع بما أنفق لطلبه إلا إذا زاد على الدين فلا يرجع بالزيادة كما صرح به فى المحيط و قيد بنفقة المضارب لأن نفقة عبيد رب المال و دوابه إذا سافر بهم ليست من مال المضاربة بل على رب المال فان أنفق المضارب من مال المضاربة عليهم فهو ضامن لما أنفق تؤخذ مما خصه من الربح إن و فى =>

و معناه شراء و كراء في المال و وجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي و نفقة المرأة و المضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي و إذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه و هذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله

هو ما يركب عليه قال الله تعالى ﴿فمنها ركوبهم﴾ (و معناه) أى معنى ركوبه أى معنى كون ركوبه في المال (شراء و كراء) أى من حيث الشراء و من حيث الكراء أراد أن المضارب في السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكرائها (في (١) المال) أى في مال المضاربة و هو ظرف للجميع و الشرط أن يكون ذلك كله بالمعروف و به قال (٢) مالك و أبو ثور و الحسن و النخعي و الاوزاعي و إسحاق رحمهم الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى فى الأظهر و احمد رحمه الله تعالى نفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر بالإذن و به قال ابن سيرين و حماد بن أبي سليمان رحمهما الله تعالى (و وجه الفرق) أي بين ما إذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة و بين ما إذا عمل في السفر حيث يجب فيه (أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي و نفقة المرأة) لأن القاضي محبوس لمصالح العامة و المرأة محبوسة في منزل الزوج (و المضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي) لا للمضاربة (و إذا سافر صار محبوساً بالمضاربة) أى بالعمل للمضاربة (فيستحق النفقة فيه) أى في مال المضاربة لأجل الاحتباس (و هذا) أي الحكم فى المال (بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة) لكونه يعمل ببدل فكان البدل واجباً له مطلقاً (فلا يتضرر بالانفاق من ماله) أى من مال نفسه لأنه عامل ببدل مضمون في ذمة المستأجر و ذلك يصلح له بيقين بخلاف المضارب فإنه غير مستوجب بدلا بل حقه في ربح عسى يحصل و عسى لا يحصل فلا بد أن يجعل له بإزاء ما يحمله من المشقة شيئاً معلوماً أشار إلى هذا المعنى بقوله

=> و إلا يرجع عليه بالزيادة و إن أنفق بأمر رب المال حسب ذلك من مال رب المال كذا فى الذخيرة و الفتاوى الظهيرية و إذا رد شيئا من مال المضاربة على عبيد رب المال لا يضمن فهو كالمودع كذا فى المحيط و أفاد بذكر الكسوة وجوب الفراش الذى ينام عليه كما صرح به فى المحيط كذا فى البحر. (١)فى المال أشار بقوله فى المال أى فى مال المضاربة إلى أنه لا يشترط الانفاق من عينه حتى لو أنفق من مال نفسه أو استدان على المضاربة لنفقته يرجع فى مال المضاربة لأن التدبير فى الانفاق إليه كالوصى إذا أنفق على الصغير من مال نفسه و إن لم يرجع فيه حتى توى مال المضاربة لا يرجع على رب المال لفوات محل النفقة بخلاف ما إذا اشترى شيئا للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها مال المضاربة فضاع المال قبل أن ينقد منه يرجع بذلك على رب المال لأنه عامل لرب المال بخلاف نفقته لأنه عامل لنفسه كذا فى البحر معزيا إلى المحيط. (٢)وبه قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص١٥٢ ج٥.

أما المضارب فليس له إلا الربح و هو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به و بخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير و بخلاف البضاعة لأنه متبرع قال و لو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق و لو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر و إن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة و النفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبة و هو ما ذكرنا و من (١) جملة ذلك غسل ثيابه

(أما المضارب فليس له إلا الربح و هو في حيز التردد) يعني بين أن يكون و بين أن لا يكون (فلو أنفق من ماله يتضرر به) أي بالانفاق من ماله نفسه كالشريك (٢) إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روى عن محمد رحمه الله تعالى ذلك (و بخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير) فلا نفقة له (و بخلاف البضاعة لأنه متبرع) أي بالعمل فلا يجب له النفقة (قال) لو لم يذكر لفظة قال لكان أصوب لأن المسألة لم تذكر في الجامع الصغير و لا في القدوري و لهذا لم يذكرها في البداية و إنما ذكرت المسألة في المبسوط (و لو بقى شيء في يده) أى في يد المضارب (بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق) و الحكم ينتهي بانتهاء علته و ذلك كالحاج عن الغير إذا بقي معه شئ من النفقة بعد رجوعه يجب عليه رده و كالمولى إذا بوأ امته مع زوجها بيتا ثم نقلها للخدمة و بقي شيء معها من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها كذا في المبسوط (و لو كان خروجه) أى خروج المضارب من بلده (دون السفر) وهو مسيرة ثلاثة أيام و لياليها (إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقى في المصر) لأن أهل السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في منازلهم (و إن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة) فصار كالخروج للسفر (و النفقة) أشار به إلى تفسير النفقة الواجبة للمضارب (هى ما يصرف إلى الحاجة الراتبة) أى الثابتة اللازمة التي لا بد منها (و هو) أى الذى يصرف إلى الحاجة الراتبة (ما ذكرنا) أراد به ما ذكره فيما قبل من طعامه و شرابه و كسوته و ركوبه (و من ذلك) أى من الذى يصرف إلى الحاجة الراتبة (غسل ثيابه) لإنه ضرورى و كذا أجرة الحمام و الحلاق نص

---

(١)من جملة ذلك –ن– من ذلك. (٢) كالشريك الخ قد صرح فى النهاية بوجوب نفقة الشريك فى مال الشركة منح و جعله فى شرح المجمع رواية عن محمد رحمه الله تعالى و فى الحامدية فى كتاب الشركة عن الرملى على المنح أقول ذكر فى التاترخانية عن الخانية قال محمد رحمه الله تعالى هذا استحسانا اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة و حيث علمت أنه الاستحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها خير الدين على المنح اه كذا فى الشامية.

و أجرة أجير يخدمه و علف دابة يركبها و الدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز و إنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار و أما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يدخل في النفقة لأنه لاصلاح بدنه و لا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع و إلى الدواء بعارض المرض

عليه في الفوائد الظهيرية و القياس يأبى ذلك لأن هذا مما لا يحتاج إليه في عموم الاوقات و لكن هذا من صنيع التجار حيث يتنظفون بإزالة الوسخ و قص الشارب و حلق الرأس لتزداد رغبات الناس في المعاملات معهم فإن الإنسان إذا كان وسخ الثياب طويل الشعر يعد من المفاليس عادة فيقل معاملوه فصارت هذه الاشياء كالنفقة الراتبة و كذا ثمن الخرص و الصابون دون الحجام و الفصاد (و أجرة أجير يخدمه) أى يخدم المضارب لأنه ضروري (و علف دابة يركبها و الدهن) بفتح الدال و هو مصدر من دهن يدهن بالفتح فيهما والمراد استعمال الدهن كالزيت و السيرج و نحوهما (في موضع يحتاج اليه) أي إلى الدهن (عادة كالحجاز) أى كما في ارض الحجاز لأنها حارة يحتاج اهلها إلى ترطيب أبدانهم بالدهن (و إنما يطلق) يعني يجوز (في جميع ذلك) من الذي ذكره و جعله من الراتبة (بالمعروف) أى بقدر دفع الضرورة بلا اسراف (حتى يضمن الفضل إن جاوزه) أي المعروف (اعتباراً للمتعارف) أى المعتاد (فيما بين التجار) لأن صنيعهم هو الاصل في هذا الباب (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و أما الدواء) أى ثمنه (ففي ماله) أى في مال المضارب (في ظاهر الرواية) قال الاترازى رحمه الله تعالى ليس في ذكره كثير فائدة لوجهين لأنه رواية الجامع الصغير و ما ذكر فى الجامع الصغير كله ظاهر الرواية و لأنه ذكر بعد هذا و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه يدخل في النفقة فيفهم منه اشارة انه ظاهر الرواية لأن كلمة عن تستعمل فى غير ظاهر الرواية فيما اذا كان نادراً قلت دلالة عن على أن المذكور اولاً ظاهر الرواية بطريق الالتزام و قيد بظاهر الرواية ليدل بالتصريح و هذا قدر جليل من الفائدة (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و هي رواية الحسن رحمه الله تعالى عنه (أنه) أى أن ثمن الدواء و تذكير الضمير بهذا الاعتبار و إلا فالدواء مؤنث (يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه و لا يتمكن من التجارة إلا به) أى باصلاح البدن (فصار كالنفقة) فيجب في مال المضاربة (وجه الظاهر ان الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع و الى الدواء) أى و أن الحاجة إلى الدواء (بعارض المرض) فقد يمرض

و لهذا كانت نفقة المرأة على الزوج و دواء ها في مالها قال و إذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال قال فإن با ع المتا ع مرابحة حسب ما أنفق على المتا ع من الحملان و نحوه و لا يحتسب ما أنفق على نفسه لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني و لأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة و الثاني لا يوجبها قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً

و قد لا يمرض فلم يكن لازماً (و لهذا) أشار به إلى بيان الفرق بين النفقة و الدواء (كانت نفقة المرأة على الزوج) لانها معلومة الوقوع (ودواء ها في مالها) لأنها غير معلومة الوقو ع قد تقع و قد لا تقع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا (١) ربح) أى المضارب (أخذ رب المال) من الربح تتميما لرأس ماله (ما أنفق) أى الذى أنفقه المضارب (من رأس المال) ثم يقسم الربح إن بقى لأن قسمة الربح إنما شرعت بعد تسليم رأس المال إلى رب المال (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان با ع) أى المضارب (المتا ع مرابحة حسب ما أنفق على المتا ع من الحملان (٢)) بضم الحاء مصدر بمعنى الحمل (و نحوه) كأجر السمسار و القصار والصباغ يريد بهذا أن ما أنفق على المتا ع يضم إلى رأس المال و يبيع مرابحة على الكل حتى لو اشتراه بألف درهم و استأجر دواب تحمله إلى مصره بمائة درهم فانه يبيعه مرابحة بألف و مائة و لكن لا يقول اشتريته بألف و مائة تحرزاً عن الكذب بل يقول قام على بألف و مائة كما بين في المرابحة (و لا يحتسب ما انفق على نفسه لأن العرف جار) بين التجار (بإلحاق الأول) أراد به ما أنفق على المتا ع من الحمل و نحوه و أراد بالالحاق الحاقه برأس المال (دون الثاني) اراد به ما انفق على نفسه لأن التجار لم يتعارفوا إلحاق ما أنفقوا على انفسهم برأس المال (و لأن الأول) أي الانفاق على المتا ع (يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة) كالصبغ و القصر و نحوهما فإنه يوجب زيادة في عين المتا ع و كالحمل فانه يوجب زيادة في القيمة لأن القيمة تختلف باختلاف الاماكن (و الثانى) أى الانفاق على نفسه (لا يوجبها) أى لا يوجب زيادة فى المالية (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان كان معه) أي مع المضارب (ألف فاشترى بها ثياباً

---

(١) و إذا ربح الخ أشار إلى أن للمضارب أن ينفق على نفسه من مال المضاربة فى السفر قبل الربح و إلى أنه لو لم يظهر ربح لا شئ على المضارب قيد بالنفقة لأنه لو كان فى المال دين غيرها قدم إيفاؤه على رأس المال و لو أنفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال بشى كذا فى البحر. (٢) الحملان الخ قال فى مجمع البحرين و الحملان بالضم الحمل مصدر حمله و الحملان أيضا أجر ما يحمل اه و هو المراد ط كذا فى الشامية.

فقصرها أو حملها بمائة من عنده و قد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر و إن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها و لا يضمن لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ و حصة الثوب الأبيض على المضاربة

فقصرها (١) أو حملها بمائة من عنده) أى من عند المضارب(قد قيل (٢) له اعمل برأيك) أى و الحال انه قد قيل للمضارب من رب المال اعمل برأيك (فهو متطوع) أى المضارب متبرع في المائة (لأنه) أى لأن هذا الصنيع (استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال) يعني قول رب المال له إعمل برأيك (على ما مر) عند قوله و نوع لا يملكه إلا ان ينص عليه رب المال و هو الاستدانة و في المنتقى رجل دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم و المال عنده على حاله ثم اشترى بالألف كله طعاماً و حمله في السفينة فهو متطوع في الكراء و لو كان اشترى بتسعمائة منها طعاماً و بقيت في يده مائة فاداها في الكراء لم يكن متطوعاً وباعه مرابحة على الكراء (فان صبغها) أى فإن صبغ المضارب الثياب المذكورة (أحمر) صفة مصدر محذوف أى صبغاً أحمر (فهو) أى المضارب (شريك) لرب المال (بما زاد الصبغ فيها) أى في الثياب (و لا يضمن) أى المضارب (لأنه) أي لأن الصبغ (عين مال قائم به) أي بالمصبوغ دل عليه قوله فان صبغها و كذا الضمير في فيه يرجع إلى المصبوغ و في الحقيقة يرجع إلى الثياب و لكنه لما ذكره أولناه هكذا (حتى إذا بيع) أى المصبوغ المذكور (كان له) أى للمضارب (حصة الصبغ و حصة الثوب الابيض على المضاربة) حتى إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفاً و مصبوغا ألفاً و مائتين كان الألف للمضاربة و مائتا درهم للمضارب بدل ماله و هو الصبغ فإن قلت فما حكم سائر الألوان و لم خص الحمرة قلت لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أما سائر الألوان فكالحمرة ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير و قال في تجريد المحيط إن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثياب فان كان رب المال قال له اعمل فيه برأيك كان صاحب الثياب بالخيار فان شاء ضمن المضارب قيمة ثيابه بيضاء و إن شاء أخذ الثياب و أعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثيابه كما في الغصب و هذا إذا لم يكن في

---

(١)فقصرها أى غسلها بأجرة من ماله من قصر يقصر بالضم قصرا أو قصارة أو من قصر الثوب بالتشديد أى جمعه فغسله كما فى مجمع الأنهر معزيا إلى القهستاني. (٢) قد قيل الخ قيد بقوله "قد قيل له إعمل برأيك" لأنه لو أذن له صريحا بذلك لا يكون متطوعا و لو لم يقل إعمل برأيك و سكت يكون متطوعا بالأولى كذا فى البحر.

بخلاف القصارة و الحمل لأنه ليس بعين مال قائم به و لهذا إذا فعله الغاصب ضاع عمله و لا يضيع إذا صبغ المغصوب و إذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط (١) فلا يضمنه

مال المضاربة فضل فأما إذا كان فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فإن لم يفعل رب المال شيئاً من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه و برئ من الضمان و لم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع و إذاجاز بيعه ينظر بعد ذلك إن باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال و بين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة و على قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى انه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة الفاً و قيمتها مصبوغة ألف و مائتان فالألف للمضاربة و المائتان للمضارب بدل صبغه و ان باعها مرابحة فان هذا الثمن ينقسم على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب به و على قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب الثياب به (بخلاف القصارة) بفتح القاف لأن القصارة بالكسر حرفة للقصار و بالفتح مصدر من قصر الثوب إذا بيضه (و الحمل) أي حمل المتاع (لأنه) أى لأن كل واحد من القصارة و الحمل (ليس بعين مال قائم به) أي بالثوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة و انما قال ليس بعين مال قائم به لأنه في الحمل ظاهر و أما في القصارة فلأنها تنقى الثوب و لا تزيد فيه شيئاً و يبقى أبيض على ما كان أصله (و لهذا) توضيح لما قاله من الفرق (إذا فعله الغاصب ضاع عمله) يعني إذا قصر الغاصب الثوب الذي غصبه ضاع فعله حتى لو ازدادت قيمته كان للمالك أن يأخذه مجاناً (و لا يضيع) أى فعل الغاصب (إذا صبغ المغصوب) حتى إذا صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجاناً بل يتخير رب المال إن شاء أخذ الثوب و أعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه و إن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه و ترك الثوب عليه (و إذا صار) أي المضارب (شريكاً) أى لرب المال (بالصبغ انتظمه) يعني شمله أى المضارب (قوله) أي قول رب المال (اعمل برأيك) يعني أن قوله اعمل برأيك يكون متناولاً لصبغه أحمر (انتظامه الخلط) أى كانتظام قوله اعمل برأيك الخلط يعني خلط مال المضاربة بمال نفسه أو بمال غيره و انتصاب الانتظام بنزع الخافض و هو مصدر مضاف إلى فاعله و هو الضمير الذي يرجع إلى قوله اعمل برأيك و قوله الخلط. بالنصب مفعوله (فلا يضمنه) أى إذا كان كذلك

(١) الخلط –ن– الخلطة.

فصل آخر

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزاً فباعه بألفين و اشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفاً و خمسمائة و المضارب خمسمائة و يكون ربع العبد للمضارب و ثلاثة أرباعه على المضاربة قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على

فلا يضمن المضارب الثوب بالصبغ لأن الشركة و الخلطة بإذن رب المال و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن و إن قال له اعمل برأيك و إذا لم يقل له إعمل برأيك يصير غاصبا فيضمن.

(فصل آخر)

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها بفصل على حدة و لما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان كان معه) أى مع المضارب (ألف بالنصف فاشترى بها بزاً) بفتح الباء الموحدة و تشديد الزاي المعجمة قال (١) محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان و القطن لا ثياب الصوف و الخز (فباعه) أي البز (بألفين و اشترى بالالفين عبداً فلم ينقدهما) أي لم يدفع الألفين إلى بائع العبد (حتى ضاعا) أى الألفان (يغرم رب المال الفاً و خمسمائة و المضارب) أى يغرم المضارب (خمسمائة و يكون ربع العبد للمضارب و ثلاثة أرباعه) أى العبد (على المضاربة) لأن المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح بقدر الالف فيملك المضارب نصفه و هو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار ربع العبد له و ثلاثة اربعاه لرب المال فاذا هلك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب و ما يخص ثلاثة ارباع على رب المال (قال) أى المصنف رحمه الله تعالى (هذا (٢) الذي ذكره) أي محمد رحمه الله تعالى (حاصل الجواب) أى جواب المسألة (لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد) فيجب عليه (إلا أن له) أي للمضارب (حق الرجوع على

---

(١)قال محمد رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغرب مادة بزز ص٧٢ ج١ و فيه أيضا البز (بفتح الباء و تشديد الزاء) عن ابن دريد: متاع البيت من الثياب و عن الليث: ضرب من الثياب و منه: "ابتز جاريته" إذا جردها من ثيابها و عن الانبارى: رجل حسن البز أى الثياب و عن الجوهرى: هو من الثياب أمتعة البزاز و البزازة (بالكسر) حرفته اه. (٢)هذا الخ إشارة إلى قوله يغرم رب المال أى لا يغرم فى الحال إذ الثمن فى الحال كله على المضارب لأنه هو العاقد كذا فى الكفاية.

رب المال بألف و خمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الأخرة و وجهه أنه لما نض المال ظهر الربح فله منه و هو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه و ثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين و إذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه و له الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه و يخرج نصيب المضارب و هو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه و مال المضاربة أمانة و بينهما منافاة و يبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة و يكون رأس المال ألفين و خمسمائة لأنه دفعه مرة ألفاً و مرة ألفاً و خمسمائة

رب المال بألف و خمسمائة على ما نبين) أشار به إلى قوله لأنه وكيل من جهته فيه و يأتي ذلك بعد ثلاثة اسطر (فيكون عليه) أي فيكون الثمن كله على المضارب لأنهَ هو العاقد (فى الأخرة) بفتح الهمزة و الخاء المعجمة و الراء أي الأخير يقال جاء فلان بأخرة أي بأخير (و وجهه) أي وجه حاصل الجواب (أنه) أي أن الشأن (لما نض) أي نقد و تيسر و تحصل (المال) أى البز (ظهر الربح فله) أى للمضارب (منه) أى من الربح شئ أو نصيب ثم فسره بقوله (و هو) أي الذي ظهر للمضارب من الربح (خمسمائة) لأنه ظهر الربح بقدر الألف و نصيب المضارب نصفه و هو خمسمائة (فإذا اشترى) أى المضارب (بالفين عبداً صار مشترياً ربعه) أي ربع العبد (لنفسه و ثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين) أي على الأرباع الربع للمضارب و ثلاثة ارباع لرب المال (و إذا ضاعت الألفان وجب عليه) أى على المضارب (الثمن) أي ثمن العبد (لما بيناه) إشارة إلى قوله لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد (و له) أى للمضارب (الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه) أي لأن المضارب (وكيل من جهته) أي من جهة رب المال (فيه) أي في شراء هذا العبد (و يخرج نصيب المضارب و هو الربع من المضاربة لأنه) أى لأن نصيبه (مضمون عليه) أى على المضارب لدخول الربع في ملكه و ضمانه (و مال المضاربة أمانة) أى في يد المضارب (و بينهما) أى بين المضمون و الأمانة (منافاة) فلا يجتمعان و إذا كان كذلك يخرج نصيب المضارب و هو الربع عن المضاربة لكونه مضموناً عليه (و يبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه) أي في إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة (ما ينافي المضاربة) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة (و يكون رأس المال الفين و خمسمائة لأنه) أي لأن رب المال (دفعه مرة الفاً و مرة الفاً و خمسمائة) فالمجموع الفان و خمسمائة و به قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى و عنهم رأس المال ما دفعه ثانياً و هو الف و خمسمائة و به قال مالك و

و لا يبيعه مرابحة إلا على الألفين لأنه اشتراه بألفين و يظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال و يبقى خمسمائة ربحاً بينهما قال و إن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة و باعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة و إن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم و مبنى المرابحة على الأمانة و الاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين

أحمد رحمهما الله تعالى (و لا يبيعه) أى لا يبيع المضارب العبد المذكور (مرابحة إلا على الألفين لأنه اشتراه) أى لأن المضارب اشترى العبد (بألفين) لأن عقده وقع على الألفين حين اشتراه (و يظهر ذلك) إشارة إلى مجموع ما ذكر قبله و هو خروج نصيب المضارب و هو الربع من المضاربة و بقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة و ظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا (فيما إذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف) لأن ربع الثمن و هو الف للمضارب لأنه بدل ملكه (يرفع رأس المال) و هو ألفان و خمسمائة (و يبقى خمسمائة ربحاً بينهما) أي بين المضارب و رب المال نصفين على ما شرطا (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن كان معه) أي مع المضارب (ألف فاشترى رب المال) أى من أجنبى (عبداً بخمسمائة و باعه أياه بألف) أى باع رب المال العبد للمضارب بألف درهم (فإنه) أى فإن المضارب (يبيعه) أى العبد المذكور (مرابحة على خمسمائة لأن هذا البيع) أى بيع رب المال من المضارب (مقضي بجوازه) أى محكوم بصحته (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد و مقصود المضارب استفادة اليد على العبد (دفعاً للحاجة) أى لأجل دفع الحاجة (و إن كان) واصلة بما قبلها يعني هذا البيع قضى بجوازه و إن كان هذا البيع (بيع ملكه بملكه) أي بيع ملك رب المال بملك رب المال و ذلك لأن المضارب اشتراه لرب المال لأنه وكيله و بيع الإنسان من نفسه باطل و لكن لما كان حق المضارب كحق ثالث صح البيع خلافاً لزفرٌ (إلا) استثناء من قوله مقضي بجوازه و هو بمعنى غير أي غير (أن فيه) أي في هذا البيع (شبهة العدم) أى عدم جواز البيع و لهذا أبطله زفر رحمه الله تعالى فتمكنت شبهة البطلان فاعتبر أقل الثمنين في المرابحة على ما يجيء الآن (و مبنى المرابحة على الامانة و الاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر (١) أقل الثمنين) في

---

(١)فاعتبر أقل الثمنين و هو خمسمائة لثبوته من كل وجه و الاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أنه بيع ماله بماله كذا فى العناية.

و لو اشترى المضارب عبداً بألف و باعه من رب المال بألف و مائتين باعه مرابحة بألف و مائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح و هو نصيب رب المال و قد مر في البيوع قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال و ربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك و قد كان الملك بينهما أرباعاً لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح و هو ألف بينهما و ألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان

المرابحة للاحتياط (و لو اشترى المضارب عبداً بألف و باعه من رب المال بألف و مائتين باعه مرابحة بألف و مائة لأنه) أى لأن (١) البيع (اعتبر عدماً في حق نصف الربح و هو نصيب رب المال) تحريره أن العقدين وقعا لرب المال و لم يقع للمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة و فيما وقع لرب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني كما قلنا في المسألة الأولى (و قد مر في البيوع) أراد به ما ذكره في باب المرابحة بقوله و إذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة و باعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر و نصف (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن كان معه) أى مع المضارب (ألف بالنصف فاشترى بها) أى بالألف (عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) أى قتلاً خطأ أو هو نصب على الحال أي خاطئاً و إنما قيد بقوله قيمته ألفان لأنه لو كان قيمته ألفاً فتدبير جنايته إلى رب المال بلا خلاف لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها فان اختار رب المال الدفع و المضارب الفداء مع ذلك فله ذلك خلافا للثلاثة (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال و ربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك و قد كان الملك بينهما أرباعاً لأنه لما صار المال عيناً (٢) واحداً قيمته ألفان ظهر (٣) الربح و هو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته الفان) الأصل في جناية العبد الدفع أو الفداء فإن دفع العبد انتهت المضاربة لأنه زال عن ملكهما بلا بدل و في جامع المحبوبي لا يدفع حتى يحضر رب المال و العامل سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر لأن الملك مشترك بينهما كالعبد الراهن إذا جنى خطأ لا يدفع

(١)لأن البيع اعتبر عدما لأنه لم يزل العبد عن ملكه و لم يستفد ألفا لم يكن فى ملكه و مبنى المرابحة على الامانة و التحرز عن الخيانة فيكون البيع الثانى ملحقا بالعدم فى حقها فكأنه لم يوجد إلا البيع الأول كذا فى الكفاية.
(٢)عينا واحدا قيد العين بالواحد احترازا عما إذا كانا عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كذا فى العناية.
(٣)ظهر الربح بدليل أنه يظهر فى حق العتق إذا كان قريبا له و لو أعتقه ينفذ أيضا كذا فى الكفاية.

و إذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه و أما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما و المضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب و إن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة و لأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية و دفع الفداء كابتداء الشراء

إلا بحضرة الراهن و المرتهن و لا يشترط حضورهما للفداء لأن كلا منهما يملكه و لو فداه المضارب لا يرجع على رب المال لأنه أدى دين غيره بغير أمره و هو غير مضطر فيه فكان متبرعاً كالأجنبي و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية إن كانت قيمته اكثر من رأس المال يدفع بلا حضور المضارب لأنه لا ملك له بعد ظهور الربح حتى يقتسما و الفداء ايضاً على رب المال لا العامل لعدم ملكه و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفداء عليه على قياس هذا القول (و إذا فديا) أي رب المال و المضارب (خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه) أشار به إلى ما ذكره من قوله و يخرج نصيب المضارب و هو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه (و اما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما) أي على رب المال و المضارب (لما انه) أي لأن قضاء القاضي بالانقسام (يتضمن قسمة العبد بينهما) لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادى و لا سلامة الا بالقسمة (و المضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف (١) ما تقدم) أى في أول الفصل و أراد به ما إذا ضاعت الألفان حيث لاتنتهى المضاربة هناك بل تثبت على ما كانت (لأن جميع الثمن فيه) أي فيما تقدم (على المضارب (و إن كان له) واصلة بما قبلها أى و إن كان للمضارب (حق الرجوع) أي على رب المال بألف و خمسمائة على ما مر (فلا حاجة إلى القسمة) لعدم أمر يقتضي ذلك (و لأن العبد) أى العبد الخاطئ (كالزائل عن ملكهما بالجناية) لأن الموجب الاصلي هو الدفع (و دفع الفداء كابتداء الشراء) أراد باختيارهما الفداء كانهما اشترياه من ولى الجناية ابتداء فيكون الفداء عليهما أرباعا ربعه على المضارب و ثلاثة ارباعه على رب المال لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره و قد كان الملك

---

(١) بخلاف ما تقدم و ذكر فى الفوائد الظهيرية فرق بين هذا و بين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال عن المضاربة و هنا يخرج و الفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة و ضمان التجارة لا ينافى المضاربة و الواجب هنا ضمان الجناية و ضمان الجناية ليس من التجارة فى شئ فلا يبقى على المضاربة كذا فى الكفاية.

فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً و رب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال و إن (١) كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال ذلك الثمن ثم و ثم و رأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة في يده و الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون و حكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان

بينهما أرباعاً (فيكون العبد) بعد فدائهما (بينهما ارباعاً لا على المضاربة) لخروج العبد عن المضاربة (يخدم المضارب يوماً و رب المال) أي يخدم رب المال (ثلاثة أيام) لأنه عبد مشترك بينهما ارباعاً (بخلاف ما تقدم) أراد به المسألة التي تقدمت في اول الفصل فإن العبد فيها يخدم المضارب يوماً و رب المال ثلاثة ايام للمضاربة لكون العبد في المضاربة لعدم انتهائها (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان كان معه) أي مع المضارب (ألف فاشترى بها) أي بالألف (عبداً فلم ينقدها) يعني لم يدفع المضارب الالف إلى البائع (حتى هلكت) يعني الألف (يدفع رب المال ذلك الثمن ثم (٢) و ثم و رأس المال جميع ما يدفع إليه) أى إلى المضارب (رب المال لأن المال أمانة في يده) أي في يد المضارب لأن مبنى المضاربة عليها (و الاستيفاء) أي استيفاء الحق (إنما يكون بقبض مضمون) فلو حمل قبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامناً و هو أمين (و حكم الامانة ينافيه) أي ينافي الضمان دل عليه قوله بقبض مضمون فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانياً و ثالثاً إلى غير النهاية على جهة الامانة دون الاستيفاء و إذا هلك كان الهلاك على رب المال (فيرجع (٣) مرة بعد أخرى) أي إذا كان قبضه امانة يرجع على رب المال مرة بعد اخرى حيث ما وجد هلاك المال (بخلاف الوكيل بالشراء) أى بشراء عبد بعينه (إذا كان

---

(١)و إن –ن– فان. (٢)ثم و ثم يعني إذا كان مع المضارب الف درهم فاشترى به عبدا و ضاع الثمن قبل النقد يرجع على رب المال فاذا دفع إليه ثانيا ثم هلك قبل النقد أيضا يرجع عليه أيضا و هكذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما لا يتناهى و يكون رأس المال جميع ما دفع إليه رب المال كذا فى التبيين. (٣) فيرجع مرة بعد أخرى لأن الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا دين الثمن عليه و هو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين فى العمل و استيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الألوف لأن جميعها يصير رأس مال المضاربة و قبض رأس المال قبض أمانة و استيفاء الدين إنما يكون بقبض مضمون و قبض الامانة لا ينوب عن القبض المضمون فلهذا يرجع إليه مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن إلى البائع بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن إلاّ مرة لأن قبض الوكيل جاز إتصافه بالضمان و الامانة كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب جاز و يكون مضمونا عليه حتى لو هلك فى يد الوكيل يجب الضمان كذا فى الكفاية.

الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء و هلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة و فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده و هو قائم علي الامانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك

الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء) أى بأن أعطاه الموكل ألفاً و قال له اشتر لي عبداً بعينه (و هلك) أي الثمن و هو ألف مثلاً (بعد الشراء) قبل أن ينقده إلى البائع (حيث لا يرجع) أي الوكيل على موكله (إلا مرة) واحدة (لأنه) أي لأن الشأن (أمكن جعله) أي جعل الوكيل (مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان) على ما نبين الآن بخلاف المضاربة فإن مبناها على الأمانة (كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب) حيث جازت الوكالة فإذا هلك العبد في يد الغاصب بعدما صار وكيلاً ضمن لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة (ثم في الوكالة في هذه الصورة) أشار به إلى صورة الوكيل بشراء عبد بعينه إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء و هلك الثمن بعد الشراء قبل الدفع إلى البائع (يرجع مرة) يعني يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة فيما إذا هلك الثمن بعد القبض من الموكل قبل الدفع إلى البائع تحريره أن الوكيل إذا اشترى العبد بألف وجب للبائع على الوكيل الثمن و وجب للوكيل على الموكل مثله فإن كان الموكل قد دفع إليه الثمن أولاً ثم هلك الثمن قبل الشراء و قبل الدفع إلى البائع يرجع الوكيل على موكله بالثمن لأن المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده و لم يوجد بعد الشراء ما يوجب أن يكون مضموناً فلم يصر مستوفياً فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء و إن كان قد اشترى ثم دفع إليه الثمن ثم هلك قبل أن يدفعه إلى البائع لا يرجع لأن قبضه كان على جهة الاستيفاء لا على جهة الأمانة فإذا استوفاه مرة لم يبق الحق أصلاً أشار إلى ذلك بقوله (و فيما إذا اشترى) أي الوكيل (ثم دفع الموكل إليه) أى إلى الوكيل (المال فهلك) أي المال عند الوكيل (لا يرجع) أي الوكيل على الموكل (لأنه) أى لأن الشأن (ثبت له) أي للوكيل (حق الرجوع) أي على الموكل (بنفس الشراء فجعل) أى الوكيل (مستوفياً بالقبض بعده) أي بقبض الثمن بعد الشراء (أما المدفوع إليه) أى الى الوكيل (قبل الشراء أمانة في يده) أى فى يد الوكيل (و هو) أي ما هو المدفوع (قائم على الأمانة بعده) أي بعد الشراء فلم يصر) أى الوكيل (مستوفياً) لكون قبضه قبض أمانة في هذه الصورة (فإذا هلك) أى ما هو

رجع (١) عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر.

فصل في الاختلاف

قال و إذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفاً و ربحت ألفاً و قال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً القول قول رب المال و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح و هو ينكر و القول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض و في مثله القول قول القابض ضميناً

المدفوع (يرجع عليه مرة) أي يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة (ثم لا يرجع) بعد ذلك أصلا عند الهلاك (لوقوع الاستيفاء على ما مر) أشار به إلى ما ذكره من قوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده و ذكر الإمام المحبوبي هنا فرقاً آخر و هو أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده و أما المضارب فلا ينعزل بالشراء و يتصرف في كل مرة لرب المال و يرجع عليه فى كل مرة قلت هذا من المواضع التي يفارق فيها المضارب الوكيل على ما ذكرنا في اوائل فصل العزل.

(فصل في الاختلاف)

أي هذا فصل في بيان احكام الاختلاف بين رب المال و المضارب و لما كان الإتفاق أصلا و الاختلاف عارضا أخره عن الأصل (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فإن كان مع المضارب ألفان فقال) أى المصارب (دفعت) بفتح التاء لأنه خطاب لرب المال (إلي الفاً و ربحت ألفاً و قال رب المال لا) أي ليس الأمر كما ذكرت (بل دفعت إليك الفين) مضاربة (فالقول قول المضارب و كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولاً القول قول رب المال و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح و هو) أي رب المال (ينكر و القول قول المنكر ثم رجع) أى أبو حنيفة رحمه الله تعالى (إلى ما ذكره في الكتاب) أراد به الجامع الصغير (لأن الاختلاف في الحقيقة) في مقدار المقبوض) قيد به لأن الاختلاف إذا كان في صفة المقبوض من كونه قرضا أو وديعة أو بضاعة فالقول فيه لرب المال على ما يجئ (و في مثله) أى و في مثل هذا الاختلاف و هو الاختلاف في مقدار المقبوض (القول قول القابض ضميناً

---

(١) رحع –ن– يرجع.

كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض و لو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط و هو يستفاد من جهته و أيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت

كان) أى القابض كالغاصب (أو أميناً) أي أو كان القابض أميناً كالمودع و قال (١) ابن المنذرؒ أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول للعامل وعن (٢) الشافعي رحمه الله تعالى في وجه إذا كان في المال ربح تحالفا و الأصح هو الأول (لأنه) أى لأن القابض (أعرف بمقدار المقبوض) لأنه فعل نفسه فإذا كان القول قول الضمين في ذلك فالامين بطريق الأولى ألا ترى انه لو أنكر أصل القبض كان القول له فكذا إذا أنكر قبض بعضه كذا في الإيضاح (و لو اختلفا) أى رب المال و المضارب ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم (مع ذلك) أى مع اختلافهما في المقبوض (في مقدار الربح) المجرور يتعلق بقوله اختلفا و صورته قال رب المال رأس المال ألفان و شرطت لك ثلث الربح و قال المضارب رأس المال ألف و شرطت لي نصف الربح (فالقول فيه) أي في الربح (لرب المال) و في القدر للمضارب و عليه (٣) نص أحمد رحمه الله تعالى و هو قول مالك و أبي ثور و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و قال (٤) الشافعي رحمه الله تعالى يتحالفان كالمتبايعين قلنا اليمين على المنكر بالحديث و المضارب يستحق ما يستحق بالشرط فكان مدعياً للشرط بخلاف المتبايعين لأن كل واحد مدعي و منكر (لأن الربح يستحق بالشرط و هو) أى الشرط (يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال لأنه يعلم بشرطه و هو منكر للشرط (و أيهما (٥) أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت

(١)قال ابن المنذرؒ الخ كذا فى المغنى ص١٩٢ ج٥. (٢)عن الشافعى رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٤٧ ج٦. (٣)و عليه نص احمد رحمه الله تعالى الخ و فى المغنى ص١٩٣ ج٥. و إن قال أى المضارب شرطت لى نصف الربح فقال أى رب المال بل ثلثه فعن احمد رحمه الله تعالى فيه روايتان إحداهما القول قول رب المال نص عليه فى رواية ابن المنصورؒ و سنديؒ و به قال الثورى و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأى و ابن المبارك و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و الثانية أن العامل إذا ادعى أجر المثل و زيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله و إن ادعى اكثر فالقول قوله فيما و افق أجر المثل و قال الشافعى رحمه الله تعالى يتحالفان كالمتبايعين اه ملخصا. (٤)قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز. (٥)و أيهما أقام الخ و فى الدر المختار: و إن أقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال و بينة المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح اه و فى رد المحتار: (قوله فالبينة الخ) لأن بينة رب المال فى زيادة رأس المال أكثر إثباتا و بينة المضارب فى زيادة الربح أكثر إثباتا كما فى الزيلعى و يؤخذ من هذا و من الاختلاف فى الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة و ادعى من فى يده المال أنها عنان و له فى المال كذا و أقاما البينة فبينة ذى اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال و أثبتت الصفة سائحانى اه و فى تقريرات الرافعى: (قوله و يؤخذ من هذا الخ) فيه أن مقتضى كون مدعى المضاربة خارجا أن تقدم بينته على أن جميع ما فى يد المدعى عليه مال المضاربة اه.

لأن البينات للاثبات قال (١) و من كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف و قد ربح ألفاً و قال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعى الشركة و هو ينكر و لو قال المضارب أقرضتنى و قال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال و البينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك و هو ينكر

لأن البينات للإثبات) أما رب المال فانه يدعى فضلا في رأس ماله فتقبل بينته فيه و أما المضارب فانه يدعي فضلا في الربح فتقبل بينته فيه (و من كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف و قد ربح ألفاً و قال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) هذه من مسائل الجامع الصغير و إنما يكون القول قول رب المال (لأن المضارب يدعي) بدعوى المضاربة (عليه) أى على رب المال (تقويم عمله) يعنى بقدر الربح (أو شرطاً من جهته) أي أو يدعي شرطاً من جهة رب المال بمقدار الربح (أو يدعي) أى المضارب (الشركة) أي في ماله (و هو) أي رب المال (ينكر) و القول قول المنكر (و لو قال (٢) المضارب أقرضتني) هذا المال (و قال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال و البينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه) أى على رب المال (التملك (٣)) من جهته (و هو) أي رب المال (ينكر) و القول قول المنكر بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض و المضارب يدعي المضاربة حيث تكون البينة بينة رب المال و القول (٤) للمضارب

(١)قال أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير. (٢)و لو قال المضارب الخ سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر فى أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما فى نفسى و لا أعلم ما فى نفسك و قول الشاعر:

قالوا اقترح شيئا نجدلك طبخه قلت إطبخوا لى جبة و قميصا

كذا فى النتائج. (٣)التملك أى تملك الربح كذا فى النهاية أقول الظاهر أن مراد المصنفّ بالتملك ههنا تملك أصل المال لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال و أما تملك الربح فأمر تابع لتملك أصل المال فى هذه الدعوى و لأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على أن الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح و أما تمليك الربح كما ذكره صاحب العنايةّ ففى نفس صحته أيضا إشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق و تتبع قواعد الفقه و أقوال الأئمة رحمهم الله تعالى كذا فى نتائج الأفكار. (٤)و القول للمضارب أقول مثله فى الخانية و غاية البيان و الزيلعي و البحر و نقله ابن الشحنةّ عن النهاية و شرح التجريد و حكى ابن وهبانّ فى نظمه قولين و فى مجموعة منلا علىّ عن مجموعة الانقروىّ عن محيط السرخسىّ لو قال رب المال هو قرض و القابض مضاربة فان بعد ما تصرف فالقول لرب المال و البينة بينته أيضا و المضارب ضامن و إن قبله فالقول قوله و لا ضمان عليه أى القابض لأنهما تصادقا =>

و لو ادعى رب المال المضاربة في نوع و قال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم و الإطلاق و التخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص و لو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص و الإذن يستفاد من جهته فيكون القول له و لو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي

لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بالاذن و رب المال يدعي على المضارب ضماناً و المضارب ينكر فالقول له والبينة للمدعي ذكره في الإيضاح (و لو ادعى رب المال المضاربة في نوع و قال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول (١) للمضارب) في دعوى العموم مع يمينه (لأن (٢) الأصل فيه) أي في باب المضاربة (العموم و الإطلاق) فيكون القول لمن يتمسك بالاصل و به قالت الثلاثةّ و قال زفر رحمه الله تعالى القول لرب المال لأن الإذن يستفاد من جهته (و التخصيص بعارض الشرط) أي تخصيص المضاربة بنوع بعارض الشرط من جهة رب المال و إلا فالأصل التعميم كما ذكرنا و لهذا لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح و يملك جميع انواع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص كما في الوكالة (بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص) و لا يثبت فيه العموم إلا بالتنصيص و إنما ذكر الضمير في فيه مع انه راجع إلى الوكالة إما باعتبار التوكيل أو إما باعتبارحذف المضاف أي لأن الاصل في باب الوكالة (و لو ادعى كل واحد منهما نوعاً) بأن قال رب المال في البز و قال المضارب في الطعام (فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص) لأن كلا منهما يدعي خصوصية نوع و لكن اعتبار قول من يستفاد الإذن من جهته أحق أشار إليه بقوله (و الإذن يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال (فيكون القول له و لو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب) يعني إذا أقام كل واحد من رب المال و المضارب البينة كانت بينة المضارب أولى (لحاجته) أي لحاجة المضارب (إلى نفي

=> على أن القبض كان باذن رب المال و لم يثبت القرض لانكار القابض اه و نقل فيها عن الذخيرة من الرابع عشر مثله و مثله فى كتاب القول لمن عن غانم البغدادىّ عن الوجيز و بمثله أفتى على أفندىّ مفتى الممالك العثمانية و كذا قال فى فتاوى ابن نجيمّ القول لرب المال و يمكن أن يقال ان ما فى الخانية و التنوير فيما إذا كان قبل التصرف حملا للمطلق على المقيد لا تحاد الحادثة و الحكم و بالله التوفيق من مجموعة منلا علىّ ملخصا كذا فى الشامية. (١)فالقول للمضارب و هذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم و المضارب الخصوص فالقول للمالك كذا فى الشامية معزيا إلى در منتقى. (٢)لأن الأصل الخ إذ المقصود من المضاربة الاسترباح و العموم و الاطلاق يناسبانه كذا فى الشامية.

الضمان و عدم حاجة الآخر إلى البينة و لو وقتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول.

الضمان) عن نفسه (و عدم حاجة الآخر) أي و لعدم حاجة الآخر و هو رب المال (إلى البينة) لعدم الضمان من جهته قال (١) السغناقيّ هذا مما يتأمل في صحته و إن كانت رواية الإيضاح تساعده لأن رب المال يتحاج أيضاً إلى اثبات ما ادعاه بل بينة رب المال أولى بالقبول لاثباتها أمراً عارضاً و هو الضمان و شرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد و جعل صاحب الذخيرة حكم بينتهما في دعوى الخصوص و العموم واحدا و قال لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم اولاً ثم نهاه عنه و اذن له بالخصوص أو اذن له بالخصوص أولاً ثم أذن له بالعموم فإن لم توقت البينتان وقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى قضى ببينة رب المال لتعذر العمل بهما فتعمل بينة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت فافهم (و لو وقتت البينتان وقتاً) بأن قال رب المال دفعته اليك مضاربة أن تعمل في البز في رمضان و قال العامل دفعت إلى لأعمل في الطعام في شوال (فصاحب الوقت الأخير اولى لأن آخر الشرطين ينقض الاول) أي يفسخه فكان الرجوع اليه اولى فروع: نفقة عبد المضاربة في مال المضاربة و جعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أو لا بلا خلاف. دفع إليه ألفين و قال أضف من عندك الفاً أخرى يكون ألفان منها شركة و الألف مضاربة بالنصف جاز خلافاً لبعض المالكيةّ و يجوز ان يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر و قال أحمد رحمه الله تعالى لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول. ادفع الفاً على أن له نصف ربحها جاز بلا خلاف فلو قال على أن لي ربح نصفها جاز أيضاً عندنا و عند أبي ثورّ خلافاً للأئمة الثلاثةّ و لو اشترى العامل بالألف أمة أو غنماً أو بقراً أو مكيلا أو موزوناً يساوي ألفين زكى حظه لظهور الربح و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال مالك رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية لا يزكى لعدم ملكه الربح قبل القسمة و لا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح بلا خلاف و بعده ينفذ في حصته و لرب المال فسخها دفعاً للضرر عن نفسه و عند الأئمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح و الله أعلم بالصواب.

---

(١)قال السغناقيّ الخ و قال صاحب العنايةّ قال المصنفّ لحاجته إلى نفى الضمان و عدم حاجة الآخر إلى البينة و اعترض عليه بأن البينة للاثبات لا للنفى و بأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة و أجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه و يلزمها نفى الضمان فأقام المصنفّ اللازم مقام الملزوم كناية و بأن ما يدعيه من =>

كتاب الوديعة

(كتاب (١) الوديعة)

ذكرها عقيب كتاب المضاربة لأن مبناهما على الأمانة و هي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع و هو الترك و شرعاً هي (٢) تسليط الغير على الحفظ المال أي مال كان بشرط أن يكون قابلا لا ثبات اليد عليه حتى لو أودع الآبق أو الساقط في البحر أو الطير في الهواء لا يصح و ركنها (٣) الإيجاب

=> المخالفة و هو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج إلى بينة إلى هنا كلامه أقول جوابه عن ثاني وجهى الاعتراض ليس بسديد لأن الثابت باقرار الآخر إنما هو النوع الذى يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له و سبب الضمان إنما هو المخالفة فلا يتم التقريب و الصواب فى الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال إلى البينة فى مسئلتنا هذه لا لأنه ليس بمدع شيئا بل لأن القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج إلى البينة و لهذا النكتة قال المصنفؒ و عدم حاجة الآخر إلى البينة و لم يقل و عدم قبول بينة الآخر و بهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه السغناقيؒ فى إستشكال ما ذكره المصنفؒ ههنا فتدبر كذا قاله العلامة قاضي زادهؒ في النتائج. (١)كتاب الوديعة قال العلامة الموفقؒ فى المغنى ص ٢٨٠ ج٧ و الأصل فى الوديعة الكتاب و السنة و الاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها (النساء:٥٨) و قوله تعالى فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن امانته (البقرة:٢٨٣) و أما السنة فقول رسول الله ﷺ أد الامانة إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك (رواه ابوداود و الترمذى رحمهم الله تعالى من حديث ابى هريرة رضى الله تعالى عنه) و روى عنه عليه الصلاة و السلام أنه كانت عنده و دائع فلما أراد الهجرة أودعها عند ام أيمن و أمر عليا رضى الله تعالى عنهما أن يردها على أهلها (رواه ابن اسحاق رحمه الله تعالى بسند قوى فذكر حديث الخروج إلى الهجرة قال فأقام على بن ابى طالب رضى الله تعالى عنه خمس ليالٍ و أيامها حتى أدى عن النبى ﷺ الودائع التى كانت عنده للناس كذا فى التلخيص ص٩٨ ج٣) و أما الاجماع فاجمع علماء كل عصر على جواز الايداع و الاستيداع و العبرة تقتضيها فان بالناس إليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم و يحتاجون إلى من يحفظ لهم اه. (٢)هى تسليط الغير الخ و فى البحر: و فى الشريعة الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله يعنى صريحا أو دلالة و إنما قلنا أو دلالة لأن المنقول فى المحيط أنه لو انتفق زق رجل فأخذه رجل ثم تركه و لم يكن المالك حاضرا يضمن لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة و إن لم يأخذه و لم يذق منه لا يضمن و إن كان المالك حاضرا لم يضمن فى الوجهين اه. (٣) و ركنها الخ و فى البحر: و ركنها الايجاب قولا صريحا أو كناية أو فعلا و القبول من المودع صريحا أو دلالة فى حق وجوب الحفظ و إنم قلنا صريحا أو كناية ليشمل ما لو قال الرجل أعطنى ألف درهم أو قال لرجل فى يده ثوب أعطنيه فقال أعطيتك فهذا على الوديعة نص عليه فى المحيط لأن الاعطاء يحتمل الهبة و الوديعة و الوديعة أدنى و هو متيقن فصار كناية و إنما قلنا فى الايجاب أو فعلا ليشمل ما لو وضع ثوبه بين يدى رجل و لم يقل شيئا فهو ايداع و إنما قلنا فى القبول أو دلالة ليشمل سكوته عند وضعه بين يديه فانه قبول دلالة حتى لو قال لا أقبل لا يكون مودعا لأن الدلالة لم توجد و لهذا قال فى الخلاصة: لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا و تركوه ضمنوا إذا ضاع و إن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اه و لهذا إذا وضع ثيابه فى الحمام بمرأى من الثيابى كان إيداعا =>

قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها

و القبول فإذا وضع عند آخر ثوباً مثلا و لم يقل شيئاً فذهب و ذهب الآخر و ضاع يضمن لأن هذا إيداع عرفاً و كذا لو قال هذا وديعة عندك بخلاف ما إذا قال الجالس لا أقبل فذهب وضاع حيث لا يضمن لأنه صرح بالرد و لو ألقاه الريح في بيته كان قابلا بالسكوت فإذا ضاع يضمنه و كذا لو قال لصاحب الحمام أين أضع ثيابي فقال ثمة فوضعها فسرقت يضمن (قال) أي القدوري (الوديعة (١) امانة في يد المودع) بفتح الدال و يقال للمال ايضاً مودع بالفتح كما يقال وديعة و ما قيل إن الوديعة و الامانة لفظان مترادفان فلا يرتفعان على الابتداء و الخبرية إلا بطريق التفسير كما يقال الليث أسد و الحبس منع و ليس المراد هنا التفسير فجوابه أن هذا من باب الإخبار بالعام عن الخاص و هو جائز لأن الأمانة أعم من الوديعة و قال السغناقي رحمه الله تعالى الأولى أن يقال إن لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون فكان معنى قوله أمانة غير مضمون عليه و تبعه على ذلك الكاكي رحمه الله تعالى و فيه (٢) ما فيه لأن العلم ما وضع لشيء بعينه و غير مضمون ليس كذلك و ليت شعري أى علم هذا من أقسام الاعلام (إذا هلكت لم يضمنها) لأن المودع متبرع و التبرع لا يوجب ضمانا حتى لو سرقت عنده و لم يسرق معها ماله لم يضمن عند (٣) أكثر أهل العلم إلا

=> و إن لم يتكلم و لا يكون الحمامي مودعا مادام الثيابي حاضرا. فان كان غائبا فالحمامي مودع و كذلك إذا قال لصاحب الخان أين أربطها فقال هناك كان إيداعا كذا في فتاوى قاضيخان و قال في الخلاصة: لبس ثوبا بمرأى عين الثيابي فظن الثيابي أنه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح و إنما قلنا في حق وجوب الحفظ لأنها تتم بالايجاب وحده في حق الامانة حتى لو قال للغاصب أو دعتك المغصوب برىء عن الضمان و إن لم يقبل كذا في الاختيار. (١)الوديعة أمانة الخ و في البحر: و حكم الوديعة و الامانة مختلف في بعض الصور لأن في الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق و في الامانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف. (٢)و فيه ما فيه الخ أقول دفع هذا سهل لأن لفظ الامانة إن كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد و سبحان فانه علم لجنس التسبيح إلى غير ذلك من أعلام الاجناس التي ذكروها في كتب النحو و بينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشئ بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فمن أتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه كذا في النتائج. (٣)عند أكثر أهل العلم الخ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٢٨٠ ج٧. الوديعة امانة فاذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شئ من مال المودع أو لم يذهب هذا قول اكثر أهل العلم روى ذلك عن ابى بكر و علي و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهم و به قال شريح و النخعي و مالك و أبو الزناد و الثورى و اللاوزاعي و الشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و عن احمد رواية أخرى إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أنه ضمن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه و ديعة ذهبت من بين ماله قال القاضى و الأولى أصح لأن الله تعالى سماها أمانة و الضمان ينافى الامانة و يروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنه ان النبى ﷺ قال "ليس على المستودع =>

لقوله عليه الصلاة و السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان و لا على المستودع غير المغل ضمان

عند مالك رحمه الله تعالى فإنه يضمن للتهمة إذا لم يسرق معه مال له (لقوله عليه الصلاة و السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان و لا على المستودع غير المغل ضمان) أخرجه (١) الدارقطني رحمه الله تعالى ثم البيهقي رحمه الله تعالى في سننيهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة ابن حسان بن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ و لكن بتقديم المستودع على المستعير فإن قلت هذا الحديث ضعيف لأن الدارقطني قال عمرو و عبيدة ضعيفان و إنما يروى هذا عن قول شريح غير مرفوع ثم أخرجه من قول شريح و رواه (٢) عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح و قال ابن حبان في كتاب الضعفاء عبيدة يروى الموضوعات عن الثقات قلت قول الدارقطني رحمه الله تعالى عمرو و عبيدة ضعيفان جرح مبهم فلا يقبل أما عمرو بن عبد الجبار فهو ابن أخي عبيدة لم يضعفه أحد فيما نعلم غير أن ابن عدى ذكره و لم يزد على قوله له مناكير و أما عبيدة فهو بفتح العين و كسر الباء الموحدة ابن حسان السخاوى ذكره البخاري في تاريخه و لم يذكر فيه جرحاً و يؤيده ما رواه (٣) ابن ماجة رحمه الله تعالى عن المثنى (٤) بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال من أودع وديعة فلا ضمان عليه و رواه ابن حبان من حديث ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب به و أعله بابن لهيعة و ابن لهيعة هو عبد الله بن لهيعة المصري و ثقه احمد رحمه الله تعالى و اثنى عليه و العجب من شراح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث و لا سيما الأترازي الذي يدعي بدعاوى عريضة في الحديث و لم يزد

=> ضمان" و يروى عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم الذين ذكرناهم و لأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعديه و تفريطه كالذى ذهب مع ماله و لأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لا متنع الناس من قبول الودائع و ذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها و ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه محمول على التفريط من أنس رضى الله تعالى عنه فى حفظها فلا ينافى ما ذكرنا (أقول و لأنها قضية عين لا عموم لها فلعل عمر رضى الله تعالى عنه قد علم بأن السارق واحد من أهل بيته و إلا لم يأخذ الوديعة فقط من بين ماله فضمنه إياها) و قال الموفق: فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط فى حفظها فتلفت فمن بغير خلاف نعلمه لأنه متلف مال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع اه. (١)أخرجه الدارقطنى رحمه الله تعالى فى البيوع ص ٤١ ج٣ و البيهقى رحمه الله تعالى فى العارية باب من قال لا يغرم ص ٩١ ج٦. (٢)رواه عبد الرزاق رحمه الله تعالى فى البيوع باب العارية ص١٨٧ ج٨. (٣)رواه ابن ماجة رحمه الله تعالى فى سننه باب الوديعة ص١٧٥. (٤)المثنى بن الصباح و ثقه ابن معين و قال ابن عدى له حديث صالح عن عمرو بن شعيب و قد ضعفه الأئمة المتقدمون و الضعف على حديثه بين اه كذا فى التهذيب.

و لأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال و للمودع أن يحفظها بنفسه و بمن هو في عياله

في شرحه على قوله فيه نظر لأن أبا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث و كذلك الزيلعي الذي أخرج أحاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث إلى مخرجه و ذكر ما قالوا فيه من الطعن و سكت قوله غير المغل من الاغلال بالغين المعجمة و هو الخيانة و المعنى غير الخائن و كذلك الغلول الخيانة و لكنه يستعمل في المغنم و الإغلال عام (و لأن بالناس حاجة إلى الاستيداع) و هو طلب ترك الوديعة عند غيره يقال أودعت زيدا مالاً و استودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فانت مودع و مستودع بكسر الدال فيهما و زيد مودع و مستودع بفتح الدال فيهما (فلو ضمناه) أي المودع بفتح الدال (يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم) لأن كل واحد يمتنع عن قبولها خوفاً من الضمان و الناس محتاجون إلى ذلك فيؤدي إلى ضررهم (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و للمودع أن يحفظها) أى يحفظ الوديعة (بنفسه و بمن) أى و يحفظها بمن (هو فى عياله) أى عيال المودع نحو زوجته و ولده و والديه و أجيره الخاص و هو الاجير مشاهرة أو مسانهة و عبده و أمته و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي و اشهب المالكي رحمهما الله تعالى يضمن بالدفع إليهم و في الكافي العبرة (١) في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المرأة وديعتها إلى زوجها لا تضمن و إن لم يكن الزوج في نفقتها و الابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع و لم يكن فى نفقة فخرج و ترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة و لم يشترط (٢) في التحفة الحفظ بالعيال بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه فى حرزه و فى حرز من كان ماله في يده ثم قال يعني به الأجير مشاهرة بنفقته و كسوته و العبد المأذون الذي في يده ماله و الشريك مفاوضة أو عنانا و إن لم يكونوا في عياله و في الذخيرة الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان من في عياله أميناً و إلا فلا يجوز و في فتاوى أبي الليث رجل غاب و

(١)العبرة الخ و فى البحر: و المراد بالعيال من يسكن معه حقيقة أو حكما لامن يمونه و إنما قلنا أو حكما لأنه لو دفعها إلي ولده الصغير و زوجته و هما فى محله و الزوج يسكن فى محلة أخرى لا يضمن و لو كان لا يجيئ إليهما و لا ينفق عليهما لكن يشترط فى الصغير أن يكون قادرا على الحفظ كذا فى الخلاصة. (٢)و لم يشترط الخ و فى الدر المختار: و عن محمد رحمه الله تعالى إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله و مأذونه و شريكه مفاوضة و عنانا جاز و عليه الفتوى ابن ملك و اعتمده ابن الكمال وغيره و أقره المصنف اه قوله (وعليه الفتوى) أقول و عزاه الزيلعي فى التبيين إلى صاحب النهاية و هو إلى التمرتاشي و هو إلي الحلواني و في البحر: و ظاهر المتون أن كون الغير فى عياله شرط و اختاره فى الخلاصة.

لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه و لأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته و لا إستصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به فإن حفظها بغيرهم

خلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع و طلب الوديعة فلم يجدها فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج و إن كانت غير أمينة و علم الزوج بذلك و مع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن و ذكر أبو الليث أيضاً في خزانة الفقه لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة اشياء التقصير في حفظها و خلطها بماله و منعها عن مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم و لا يضمن عند تلفها الزوجة و الولد و المملوك و الأجير ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف إذا قال لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها و تلف أو قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في تلك الدار (لأن الظاهر أنه) أى المودع (يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه و لأنه لا يجد بداً (١)) أي فراقا و هو اسم من بده بداً إذا فرقه و المصدر بفتح الباء تقول بده بداً (من الدفع) أي دفع الوديعة (الى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) أى في جميع الأوقات لأنه يخرج في قضاء حوائجه و أداء ما عليه من الواجبات (و لا إستصحاب الوديعة في خروجه) أي و لا يمكنه أن يأخذ الوديعة معه عند خروجه من بيته (فكان المالك) أي صاحب الوديعة (راضياً به) أي بحفظها بمن في عياله دلالة و إن لم يكن صريحاً و في الاختيار و لهذا لا يصح نهيه يعني إذا نهى المالك أن يحفظها بمن في عياله لا يصح نهيه لما ذكرنا و قال أيضاً و لو قال لا تدفعها إلى شخص عينه في عياله ممن لا بد له منه فإن لم يكن له عيال سواه لم يضمن و إن كان له عيال سواه يضمن لأن من العيال من لا يؤتمن على المال (فإن حفظها بغيرهم) أي فإن حفظ

---

(١)بدا الخ و فى تاج العروس: بدده تبديدا فرقه فتبدد تفرق يقال شمل مبدد و تبدد القوم تفرقوا و بده يبده بدا (بفتح الباء) فرقه و البد بالفتح التعب و البد بالكسر المثل و البد (بالكسر) أيضا النظير كالبديد و البديدة و البد بالضم العوض و قال ابن دريد البد (بالضم) الصنم نفسه الذى يعبد لا أصل له فارسى معرب پت ج بددة كقردة و أبداد كخرج و أخراج و قيل البد (بالضم) بيت الصنم و التصاوير و هو أيضا معرب و البد (بالضم) أيضا النصيب من كل شئ كالبداد بالكسر و البداد و البدة هما بالضم الأخيرتان عن ابن الاعرابى و قولهم لا بد (بالضم) اليوم من قضاء حاجتى أى لا فراق منه عن ابى عمرو و قيل لا بد منه لا محالة منه و قال الزمخشرى أى لا عوض و معناه أمر لازم لا تمكن مفارقته و لا يوجد بدل منه و لا عوض يقوم مقامه قال شيخنا قالوا و لا يستعمل إلا فى النفى و استعماله فى الاثبات مولد اه ملخصا.

أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره و الأيدي تختلف في الأمانة و لأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره و الوضع في حرز غيره إيداع (١) إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه قال إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره

المودع الوديعة بغير من هو في عياله بأن يخرج من بيته يترك الوديعة فيه و استحفظها بغيره (أو أودعها غيرهم) أي غير من هو في عياله بأن نقلها من بيته و دفعها إلى أجنبي وديعة (ضمن) في الوجهين جميعاً و ما قيل إنه كان ينبغي أن لا يضمن بالإيداع لأنه ذكر فيما قبل لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه فكان له استحفاظها كاستحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله (لأن المالك رضى بيده) أي بيد المودع لتوثقه به (لا بيد غيره و الأيدي تختلف في الامانة) فرب يد يتوثق بها المودع و لا يتوثق بها المالك و كذا على العكس (و لأن الشيء لا يتضمن مثله) أى لا يستتبع مثله (كالوكيل (٢) لا يوكل غيره) نوقض هذا بالمستعير و العبد المأذون و المكاتب حيث يجوز للمستعير الإعارة و للمأذون أن يأذن لعبده و للمكاتب أن يكاتب عبده حتى أجاز ابن أبي ليلى إيداع المودع قياسا على هذا و أجيب بأن تصرف هؤلاء بالملك لأن المستعير مالك للمنفعة و كذا المأذون و المكاتب كلامنا في غيره (و الوضع) أي وضع المودع الوديعة (في حرز غيره ايداعه) أى إيداع المودع الوديعة و هو مصدر مضاف إلى فاعله و المفعول محذوف و ارتفاعه على انه خبر عن المبتدأ أعني قوله و الوضع و إنما كان إيداعاً لأن الحرز في يد غيره فصار بالوضع فيه مسلماً إليه و هو إيداع فإذا كان إيداعاً يكون ضامناً كالإيداع الحقيقي (إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه) لأنه بالاستئجار صار الحرز له و إن كان الملك لغيره و قد تستأجر البيوت لحفظ الامتعة (قال إلا) استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم الخ (أن يقع في داره حريق) أى نار كذا فسره البعض و الصحيح أنه إسم للاحتراق و لم يذكر أهل اللغة انه اسم النار (فيسلمها إلى جاره) بنصب اللام أى فأن يسلمها لأنه عطف على أن يقع قال الحلوانيّ هذا إذا أحاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه أن يتناولها بعض من عياله

(١) إيداع –ن– إيداعه. (٢) كالوكيل الخ و فى فتاوى قاضيخان: عشرة أشياء إذا ملكها انسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض و لا بعده: المرتهن لا يملك أن يرهن و المودع لا يملك الايداع و الوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره و مستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره و المستعير لا يعير غيره ما يختلف بالمستعمل و المزارع لا يدفع الأرض مزارعة إلى غيره و المضارب لا يضارب و المستبضع لا يملك الابضاع و المستبضع لا يملك الايداع و لم يذكر العاشر و فى المنحة على البحر: قال الرمليّ: العاشر المساقى لا يساقى غيره بغير إذن كما فى السراجية و شرح الوهبانية.

أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك و لا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع قال فإن طلبها صاحبها فمنعها (١) و هو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع و هذا لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه بعده فيضمنها (٢)

فلو أمكنه أن يتناولها بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي (أو يكون) بالنصب ايضاً عطفا على أن يقع أى أو إلا أن يكون (في سفينة فخاف الغرق) بفاء العطف و هو عطف الماضي على المضارع في الصورة و في نسخ القدورى رحمه الله تعالى يخاف الغرق بالمضارع الواقع حالاً و الغرق مصدر غرق في الماء (فيلقيها (٣) إلى سفينة أخرى) بنصب الياء في فيلقيها عطفاً على أن يكون و إن عطفته على فخاف يكون مرفوعاً و يكون عطف المضارع على الماضي (لأنه (٤)) أى لأن كل واحد من التسليم إلى الجار و الالقاء في السفينة (تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك) دلالة لأنه لا يمكنها أن يحفظ في هذه الحالة إلا بهذا الطريق (و لا يصدق على ذلك) أى لا يصدق المودع على الفعل المذكور (إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان) و هو التسليم إلى الجار و في المنتقى هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق فإذا علم قبل قوله بلا بينة (فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع) فلا يصدق إلا ببينة لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقق السبب (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان طلبها) أى طلب الوديعة (صاحبها) أى صاحب الوديعة (فحبسها) أى فحبس المودع الوديعة عن المالك (و هو يقدر) أى و الحال أن المودع يقدر (على تسليمها ضمنها لأنه) أى لأن (٥) المودع (متعدد بالمنع و هذا) أى وجوب الضمان لكونه متعديا بالمنع (لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه) أى بامساك المودع الوديعة (بعده) أى بعد الطلب (فيضمنه) أي إذا كان كذلك فيضمنه أي يضمن

---

(١) فمنعها –ن– فحبسها. (٢) فيضمنها –ن– فيضمنه. (٣) فيلقيها الخ و في التبيين: و لو ألقاها في سفينة أخرى و هلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لأن الاتلاف حصل بفعله اه. (٤) لأنه تعين الخ و لهذا قال في الخلاصة: إمرأة حضرتها الوفاة و عندها وديعة فدفعتها إلى جارة لها فهلكت عندها إن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد من عيالها لا تضمن اه لأنه تعين طريقا للحفظ كذا في البحر. (٥) لأن المودع متعد بالمنع حتى لو لم يكن متعديا بالمنع لا يضمن و لهذا قال قاضيخان في فتاواه: لو كانت الوديعة سيفا فأراد صاحبه أن يأخذه من المودع ليضرب به رجلا ظلما فانه لا يدفعه إليه لما فيه من الاعانة على الظلم و لو أودعت كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها من الزوج فللمودع أن لا يدفع الكتاب إليها لما فيه من ذهاب حق الزوج اه.

بحبسه عنه قال و إن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها

الوديعة و إنما ذكر الضمير باعتبار المودع بفتح الدال لأنه اسم للوديعة و إن جعل هذا من التضمين يعود الضمير المرفوع إلى الطالب أعنى المالك و الضمير المنصوب إلى المطلوب أعني المودع أى فيضمن المالك المودع (بحبسه عنه) أي بحبس المودع الوديعة عن المالك (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن (١) خلطها المودع) بفتح الدال أى خلط المودع الوديعة (بماله حتى لا يتميز) بأن خلط الدنانير بالدنانير و الدراهم بالدراهم (ضمنها) لأنه استهلاك على ما يأتي و الخلط على أربعة اوجه: خلط بطريق المجاورة مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود و الدراهم بالدنانير و الجوز باللوز فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف لتمكن المالك من الوصول إلى عين حقه بلا حرج و خلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطع حق المالك و يوجب الضمان بلا خلاف لأنه لا يصل المالك إلى عين حقه إلا بحرج و المتعسر كالمتعذر و لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير و الشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة و يتعذر ايضاً حكماً بالقسمة لاختلاف الجنس لأن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروعة و خلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة كخلط الحل بالحاء المهملة و هو دهن السمسم بالزيت و كل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف لأنه استهلاك مطلقاً و خلط الجنس مع الجنس ممازجة كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز و دهن الجوز مع دهن الجوز و خلط اللبن باللبن و الحنطة بالحنطة و الدراهم البيض بالبيض و السود بالسود فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن و به قال (٢) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و عندهما لا ينقطع حق

(١) و إن خلطها المودع الخ هذا إذا كان الخلط بغير إذن المالك و إن باذنه إشتركا شركة أملاك كما فى الدر المختار قيد بكون المودع هو الخالط لأن الخالط لو كان أجنبيا أو من فى عياله لا يضمن المودع و الضمان على الخالط صغيرا كان أو كبيرا و لا يضمن أبوه لأجله كذا فى الخلاصة و فى الشامية: و لو خلط المتولى ماله بمال الوقف لم يضمن و فى الخلاصة ضمن و طريق خروجه من الضمان الصرف فى حاجة المسجد أو الدفع إلى الحاكم منتقى القاضى لو خلط مال صبى بماله لم يضمن و كذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر ولو بماله ضمن و ينبغى أن يكون المتولى كذلك و لا يضمن الوصى بموته مجهلا و لو خلط بماله ضمن يقول الحقير و قد مر نقلا عن المنتقى أيضا أن الوصى لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن و فى الوجيز أيضا قال ابو يوسف رحمه الله تعالى إذا خلط الوصى مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين أواخر السادس و العشرين و بخط السائحانى عن الخيرية و فى الوصى قول بالضمان اه قلت فأفاد أن المرجح عدمه و الحاصل أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولى و القاضى و السمسار بمال رجل آخر و الوصى و ينبغى أن الأب كذلك يؤيده ما فى جامع الفصولين لا يصير الأب غاصبا بأخذ مال ولده وله أخذه بلا شئ لو محتاجا و إلا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة اه بل هو أولى من الوصى تأمل و المراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده فى الفصول العمادية. (٢) و به قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى ص ٢٨١ ج ٧.

ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض و السود بالسود و الحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة و أمكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء و له أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه و لا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها و لو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

المالك بل له الخيار إن شاء ضمن و إن شاء شاركه و قال مالك رحمه الله تعالى شاركه بلا خيار (ثم لا سبيل للمودع) بكسر الدال صاحب الوديعة (عليها) أي على الوديعة (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا خلطها بجنسها شركه) أى شرك المودع المودع (إن شاء) أى المودع بالكسر (مثل أن يخلط الدراهم البيض البيض) بكسر الباء جمع أبيض أى بالدراهم البيض (و السود بالسود) بضم السين جمع أسود أي الدراهم السود بالدراهم السود (و الحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن المودع بالكسر (لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة و أمكنه) أى الوصول إلى حقه (معنى) أي حكماً (بالقسمة معه) أى مع المودع بالفتح لأن القسمة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز و تعيين حتى يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصة نفسه من غير قضاء و لا رضى فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائما معنى فتخير (فكان) أى هذا الخلط (استهلاكاً من وجه) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة (دون وجه) حيث امكنه معنى (فيميل) أى المودع بالكسر (إلى أيهما شاء) أي إلى أى الوجهين شاء لما ذكرنا (و له) أى و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي أن هذا الخلط (استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه) لأن عين حقه بالصورة و المعنى و التحقيق فيه ان الاستهلاك من العباد التعييب فأما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى و التعييب قد وجد فصار متعدياً ضامناً لا شريكاً فلا يباح له التناول قبل اداء الضمان كذا في البداية (و لا معتبر) أي لا اعتبار هو مصدر ميمي (بالقسمة لأنها) أي لأن القسمة (من موجبات الشركة) أي أحكامها (فلا تصلح) أي القسمة (موجبة لها) أي للشركة لأنه تنقلب العلة حكما و الحكم علة (و لو ابرأ الخالط) بنصب الطاء أى و لو ابرأ المالك المودع الخالط عن الضمان ذكر هذا فائدة للخلاف المذكور (لا سبيل له على المخلوط) أي لا يبقى للمبرئ طريق على المخلوط (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

لأنه لا حق له إلا في الدين و قد سقط و عندهما بالإبراء يسقط خيرة الضمان فيتعين (١) الشركة في المخلوط و خلط الحل بالزيت و كل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان و هذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة و كذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس و من هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح

لأنه لا حق له) أى للمبرئ (إلا في الدين و قد سقط) بالإبراء (و عندهما) أى عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (بالابراء يسقط خيرة الضمان) أى خيار الضمان و الخيرة (٢) بكسر الخاء و فتح الياء آخر الحروف اسم للاختيار كالطيرة بالكسر التطير و هذه الصيغة في المصدر قليلة (فتتعين الشركة في المخلوط) يعني تصير شركة بلا خيار (و خلط الحل بالزيت) و الحل بالحاء المهملة كما ذكرناه و هو دهن السمسم أى خلط دهن السمسم بالزيت و ارتفاع الخلط بالابتداء (و كل مائع بغير جنسه) بجر كل عطفاً على الحل أى و خلط كل مائع بغير جنسه كالعسل بالدبس و الرب بالقطارة و السمن بالدهن (يوجب انقطاع حق المالك) و هو خبر المبتدأ (إلى الضمان) في محل النصب على الحال أي يوجب انقطاع حق المالك منتهياً إلى الضمان (و هذا) أي و هذا الحكم و هو وجوب الضمان (بالإجماع لأنه) أى هذا الخلط (استهلاك صورة) و هو ظاهر (و كذا معنى) أي و كذا هو استهلاك معنى أى حكما (لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) فتعين المصير إلى الضمان (و من هذا القبيل) أى من قبيل ما يوجب انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة بالشعير) ارتفاع الخلط بالابتداء و خبره مقدم و هو من هذا القبيل (في الصحيح) احترز به عما روى الحسنُ أن الجواب في خلط الحنطة بالشعير كالجواب فى خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور و الصحيح أن حق المالك ينقطع بالإجماع و قال (٣) شمس الأئمة

(١)فيتعين -ن- فتتعين. (٢)الخيرة الخ و فى اللسان مادة خير: الخيرة (بالكسر فالسكون) و الخيرة (بالكسر فالفتح) كالعنبة و الأخيرة أعرف و هي الاسم من قولك: اختاره الله تعالى و فى الحديث: محمد ﷺ خيرة الله من خلقه و خيرة الله من خلقه و يقال: هذا و هذه و هؤلاء خيرتي و هو ما يختاره عليه و قال الليث: الخيرة خفيفة مصدر إختار خيرةً مثل ارتاب ريبةً قال: و كل مصدر يكون لأفعل فاسم مصدره فعال مثل أفاق يفيق فواقاً و أصاب يصيب صواباً و أجاب يجيب جواباً أقيم الاسم مكان المصدر و كذلك عذب عذاباً قال ابو منصور: و قرأ القراء: أن تكون لهم الخيرة بفتح الياء و مثله سبيٌ طيبةٌ (بفتح الياء) قال الزجاج: الخيرة (بفتح الياء) التخيير و تقول: إياك و الطيرة (بفتح الياء) و سبى طيبة (بالفتح) و قال الفراء فى قوله تعالى: و ربك يخلق ما يشاء و يختار ما كان لهم الخيرة (بالكسر فالفتح) أى ليس لهم أن يختاروا على الله يقال: الخيرة (بالكسر فالسكون) و الخيرة (بالكسر فالفتح) كل ذلك لما تختاره من رجل أو بهيمة و لك خيرة (بالكسر فالسكون) هذه الابل و الغنم و خيارها الواحد و الجمع فى ذلك سواء و قيل: الخيار من الناس و المال و غير ذلك النضار (بالضم) اه ملخصا. (٣)قال شمس الأئمة =>

لأن أحدهما لا يخلوعن حبات الآخر فتعذر التمييز و القسمة و لو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجعل الاقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء و عند محمد رحمه الله تعالى شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع و نظيره خلط الداراهم بمثلها إذابة

البيهقي رحمه الله تعالى في كتاب الغصب من الكفاية روى الحسنؒ في مسألة خلط الحنطة بالشعير عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مثل قولهما (لأن أحدهما) أى الحنطة و الشعير (لا يخلو عن حبات الآخر) لما في الحنطة حبات الشعير و في الشعير حبات الحنطة (فتعذر التمييز و القسمة) لاختلاف الجنس و قد ذكرناه و ما قيل إن تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من مآء فترسب الحنطة و يطفو الشعير فجوابه أن هذا افساد للمخلوط في الحال مع أن الراسب يمكن أن يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير و في الطافي يكون من حبات شعير صاحب الحنطة (و لو خلط المائع بجنسه) بأن خلط السيرج بالسيرج (فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا) أشار به إلى ما ذكر من قوله لأنه استهلاك من كل وجه (و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجعل الأقل تابعاً للأكثر) فيضمن صاحب الكثير القليل (اعتباراً للغالب أجزاء) أي من حيث الأجزاء و الفرق لأبي يوسف رحمه الله تعالى بين خلط المائع بالمائع من خلاف جنسه و بين خلط المائع بالمائع من جنسه فان في خلاف الجنس ينقطع حق المالك بالإجماع لأن التداخل و الشيوع في المائعات أكثر فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق معنى الاستهلاك أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلهما تابع لما أن الخاصية باقية كذا في الفوائد الظهيرية (و عند محمد رحمه الله تعالى شركه بكل حال) يعني سواء كان أحدهما غالباً أو مغلوباً أو كانا متساويين (لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده) أي عند محمد رحمه الله تعالى (على مامر في الرضاع) من أن الصبي إذا شرب لبن امرأتين بأن يجعل لبنهما في قدح ثم صب في حلقه فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى العبرة للأكثر و عند محمد رحمه الله تعالى يثبت الرضاع منهما جميعاً (و نظيره) أي نظير الحكم المذكور و هو خلط المائع بجنسه (خلط الداراهم بمثلها إذابة) أي من حيث الإذابة في النار أراد أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

=> البيهقي رحمه الله تعالى الخ و قيل القياس أن يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى و فى الاستحسان لا يصير كذا فى الكفاية و التبيين.

لأنه يصير مائعا بالإذابة قال و إذا (١) اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما إذا انشق الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمنها لعدم (٢) الصنع

ينقطع حق المالك بكل حال إلى الضمان و أبو يوسف رحمه الله تعالى يجعل الأقل تابعاً للأكثر في رواية عنه و قال محمد رحمه الله تعالى يشركه بكل حال على اصله (لأنه يصير مائعاً بالإذابة) الضمير في لأنه يرجع إلى الدراهم و كان ينبغي أن يقول لأنها تصير مائعة و لكن التذكير إما باعتبار الدراهم ورقا بكسر الراء أو إما باعتبار المذكور و كل ذلك لا يخلوعن نوع تعسف (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا اختلطت) أي الوديعة (بماله) أى بمال المودع بفتح الدال (من غير فعله فهو شريك لصاحبها) أى لصاحب الوديعة (كما إذا انشق الكيسان فاختلطا) بأن كان في صندوقه كيس له فحط كيس الوديعة فانشق الكيسان من ذاتهما أو بقرض فأرة و نحوه فاختلط المالان و هذا الكلام بيان لقوله من غير فعله (لأنه) أي لأن المودع (لا يضمنها) هذا تعليل لقوله فهو شريك لصاحبها و كان حق ترتيب الكلام أن يقال و إن اختلطت بماله من غير فعله كما إذا انشق الكيسان فاختلطا فهو شريك لصاحبها لأنه لا يضمنها (لعدم الصنع منه) أى من المودع بالفتح أي الصنع الموجب للضمان و في الكافي للحاكم الشهيد فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه و هما فيه شريكان و إن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً و يقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني إذا كان لأحدهما ألف و للآخر ألفان يقسم الباقي بينهما أثلاثا و قال الولوالجي في فتاواه هذا إذا كانت الدراهم صحاحا أو مكسرة فان كانت دراهم احدهما صحاحاً و دراهم الآخر مكسرة فلا تثبت الشركة بينهما بل يميز ما لكل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله و يمسك المودع مال نفسه لإمكان التمييز بينهما و إن كان دراهم أحدهما صحاحاً جياداً و فيها بعض الرديء و دراهم الآخر صحاحاً رديئة و فيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان إن تصادقا أن ثلثي مال احدهما جياد و ثلثه رديء و ثلثي مال الآخر ردئ و ثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال المختلط أثلاثاً و الرديء أثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما و إن لم يتصادقا و كان لا يعرف و ادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياد و ثلثه ردئ يأخذ كل واحد منهما ثلث الجياد لأنهما اتفقا على انه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك و اختلفا في الثلث الآخر يدعي كل واحد منهما لنفسه و ذلك الثلث في أيديهما في يد كل واحد منهما

---

(١)إذا –ن– إن. (٢)لعدم الصنع –ن– لعدم الصنع منه.

فيشتركان و هذا بالإتفاق قال فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لأنه خلط مال غيره بماله فيكون إستهلاكا على الوجه الذى تقدم قال و إذا تعدى المودع

نصف الثلث و هو سدس الكل فيكون القول قول كل واحد منهما فيما في يده و يحلف كل منهما على دعوى صاحبه فان حلفا برئا عن الدعوي و ترك المال في أيديهما كما كان و إن نكلا قضى لكل منهما بنصف الثلث و هو السدس يعنى سدس الكل الذي في يد صاحبه و كذلك إن قامت لكل منهما بينة و إن حلف احدهما و نكل الآخر برئ الحالف فيرد الناكل نصف الثلث و هو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه (فيشتركان) أى المودع و المودع (و هذا بالاتفاق) أي الحكم المذكور بالاتفاق بين علمائنا فان هلك البعض كان من مالهما جميعاً إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك و الباقي على الشركة (قال) أى القدورى رحمه الله تعالى (فان انفق المودع بعضها) أي بعض الوديعة (ثم رد (١) مثله) أى مثل ما أنفق (فخلطه) أى خلط مثل ما أنفق (بالباقي ضمن (٢) الجميع لأنه خلط مال غيره بماله فيكون إستهلاكا على الوجه الذى تقدم) قيد بالانفاق و رد المثل لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق ثم رده قبل الإنفاق لم يضمن لأنه و إن خالف عاد إلى الوفاق كذا في المبسوط و قيد برد المثل لأنه لو أنفق البعض و لم يرد شيئاً يضمن (٣) ما أنفق لأن الغرامة بقدر الخيانة و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى يضمن الكل في الوجهين المذكورين يعنى رد مثل ما أنفق أو لم يرده و في الذخيرة هذا إذا لم يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة أما إذا جعل علامة بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما انفق و قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول لا يضمن إلا ما انفق في الوجهين و به قال ابن القاسم المالكي و أحمد رحمهما الله تعالى (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا تعدى (٤) المودع

(١)رد مثله و في الشامية: ابن سماعة عن محمد في رجل أودع رجلا ألف درهم فاشترى بها و دفعها ثم استردها بهبة أو شراء و ردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن و روى عن محمد قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن تاترخانية اهـ و في الهامش على الشامية: (قوله ضمن) قال شيخنا وجهه أنه لما قضاها غريمه بأمر صاحبها صار مستقرضا لها و خرجت عن ملك صاحبها و انتقل الحق إلى الذمة و بردها لا يعود الحق فيها اهـ. (٢)ضمن الجميع يعنى البعض بالانفاق و البعض بالخلط كذا في البحر. (٣)يضمن ما أنفق و هذا إذا لم يضره التبعيض كذا في الدر المختار و لم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ و نقصان ما بقي فيحرر كذا في رد المحتار. (٤)و إذا تعدى المودع الخ و في الدر المختار: الأمين إذا تعدى =>

في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك و لنا أن الامر باق لإطلاقه و ارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد

في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو اودعها عند غيره) أى اودع المودع الوديعة عند غيره (ثم أزال التعدى فردها إلى يده) أى رد الوديعة إلى يد مالك الوديعة (زال (١) الضمان) إنما قال زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف و في التحفة و في المستأجر و المستعير إذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان و عند بعضهم هذا بمنزلة المودع و في خلاصة الفتاوى (٢) و في الإجارة و الإعارة الأصح انه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة) بين كونه ضامنا و بين كونه امينا و إذا ثبت كونه ضامنا انتفى كونه امينا و هو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد و لم يوجد (فلا يبرأ إلا بالرد على المالك) فلم يوجد و يضمن و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و احمد رحمه الله تعالى و في رواية ابن القاسم و اشهب رحمهما الله تعالى يبرأ كقولنا (و لنا أن الأمر) أى بالحفظ و هو الإيداع (باق لإطلاقه) أى لإطلاق الأمر لأن قوله إحفظ هذا المال يتناول جميع الأوقات بعد الخلاف و قبله (و ارتفاع حكم العقد) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى لأن عقد الوديعة ارتفع و تقريره أن إرتفاع حكم عقد الوديعة و هو الحفظ و عدم الضمان (ضرورة ثبوت نقيضه) أى لأجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد و هو وجوب الضمان (فإذا ارتفع) أى نقيض حكم العقد بالعود إلى الوفاق (عاد حكم العقد) و هو لزوم الحفظ المأمور به و الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة و هي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعدارتفاعه و عورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ و ما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود و الجواب أن بطلان الشيء

≤ ثم أزاله لا يزول الضمان إلا في هذه العشرة يعنى مودع و وكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو إستئجار و مضارب و مستبضع و شريك عنان أو مفاوضة و مستعير لرهن أشباه. (١)زال الضمان إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه من شروط النية و ذكره هنا في البحر عن الظهيرية قال حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا و من عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان. (٢)خلاصة الفتاوى ص٢٨٥ ج٤.

كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب المالك قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب

بما ينافيه أو بما هو موضوع لإبطاله فلا تكون المخالفة ردا له من الأصل و هي ليست بموضوعة لإبطال الابداع و لا ينافيه ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك و هو مستعمل بخلاف الجحود فإنه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردا لقول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها يكفر به و المخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برد و لهذا لا يكفربها (كما إذا استأجره) تنظير لمسألة الوديعة بالاستئجار أي كما إذا استأجر رجل رجلاً (للحفظ شهراً) أي لحفظ متاعه مدة شهر (فترك الحفظ في بعضه) أى بعض الشهر (ثم حفظ في الباقي) أى باقي الشهر فإنه لم يخرج بذلك عن كونه أميناً فإن قلت هذا التنظير غير مستقيم لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه قلت العقد اللازم و غير اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة و العارية و البيع و الهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار و رد العقد على منفعة الحفظ في المدة و المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر و يكون باقياً لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل فإن قلت المستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ و كذا المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ قلت لأن البراء ة من الضمان إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك إما حقيقة و إما تقديراً ويد المستأجر أو المستعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من المحل و المالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان خلافاً لزفر اعتباراً بالوديعة (فحصل الرد إلى نائب المالك) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى فلا يبرأ إلا بالرد على المالك و وجهه أن المودع نائب المالك فإذا ارتفعت المخالفة و عاد مودعاً حصل الرد إلى نائب المالك (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فان طلبها صاحبها) أى طلب الوديعة مالكها (فجحدها) أى فحجد المودع بفتح الدال الوديعة (ضمنها) أي ضمن المودع بفتح الدال الوديعة و قيد بالجحود عند الطلب لأنه إذا جحد الوديعة في وجه المالك لا بناء على الطلب لا يضمن كذا في الخلاصة (لأنه) أي لأن صاحب الوديعة (لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب

مانع منه فيضمنها فإن عاد إلى الإعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته و الجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة و جحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أولأن المودع يتفرد (١) بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل و إذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق.

مانع منه فيضمنها فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد (إذ المطالبة بالرد رفع من جهته) أي رفع للعقد من جهة المالك (و الجحود فسخ من جهة المودع) بفتح الدال (كجحود الوكيل الوكالة) يعني بمحضر من الموكل و ذلك لأنه ترك الإلتزام فكان فسخاً و نقل في الأجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى إذا وكل ثم قال لم أوكله لم يكن رجوعاً و عزلاً عن الوكالة و نقل عن وصايا الاصل إذا اوصى ثم انكر الوصية فقال لم أوص فهو رجوع و قال في الجامع لا يكون رجوعاً و في نوادر ابن شجاع عن محمد رحمه الله تعالى إذا أوصى لرجل ثم قال لم اوص له لم يكن رجوعاً و لو قال إشهدوا أني لا أوصي له فهو رجوع و كذلك لو وكل وكيلاً ببيع عبد له ثم قال اشهدوا اني لم أوكله فهو كذب و هو وكيل و لو قال إشهدوا إني لا أوكله ببيع العبد فهو عزل و لو شهدوا عليه بالكفر فجحد و قال ما تلفظت به يكون ذلك توبة و رجوعاً عنه (و جحود أحد المتعاقدين البيع) أي و كجحود البائع أو المشتري حصول البيع (فتم الرفع) أي إذا كان الأمر كذلك فتم رفع العقد منهما (أو لأن المودع) إشارة إلى تعليل ثان (يتفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع) بكسر الدال (كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل و إذا ارتفع) أي العقد (لا يعود إلا بالتجديد) أي بتجديد العقد (فلم يوجد الرد الى نائب المالك) يعني نفس المودع لأنه نائب المالك فاذا ارتفع العقد بجحوده احتاج الى التجديد فلم يوجد فلم يكن رداً إلى نفسه أعني المودع بالفتح فيضمن (بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق) أراد بالخلاف الأول الخلاف في الحكم و بالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل يعني إذا خالف فعلاً ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله لأنه باق إذ الخلاف ليس برد الأمر لأن الأمر قول و رد القول بقول مثله و أما الجحود فهو قول و رد للأمر لأن الجاحد يكون متملكاً للعين و المالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره و في الزاد هذا كله إذا جحد الوديعة في المنقول أما لو جحدها في العقار قال السرخسي رحمه الله تعالى لا ضمان عليه

---

(١) يتفرد –ن– ينفرد.

و لو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف رحمه الله تعالى خلافاً لزفر رحمه الله تعالى لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين و لأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته

في قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى في جميع الوجوه و من المشايخ من قال في العقار يضمن بالجحود بلا خلاف و إن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما و قال الحلوائي في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان (و لو جحدها عند غير صاحبها) بأن قال رجل ما حال و ديعة فلان عندك أو قال أعندك وديعة فلان فقال ليس لفلان عندى وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف رحمه الله تعالى خلافاً لزفر رحمه الله تعالى) إنما خص قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بالذكر و إن كان عدم وجوب الضمان هو قول أصحابنا الثلاثة قيل لأن هذا الفصل لم يكن مذكوراً في مبسوط محمد رحمه الله تعالى و إنما ذكر في اختلاف زفر و يعقوب رحمهما الله تعالى فأورده كذلك و في النهاية أو جحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال و ديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها لا يضمنها عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ كذا في الذخيرة وجه قول زفر رحمه الله تعالى أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره كالإتلاف حقيقة و وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ما ذكره بقوله (لأن الجحود عند غيره) أي غير المودع بكسر الدال و هو المالك (من باب الحفظ لأن فيه) أى في الجحود (قطع طمع الطامعين) عن الوديعة فلا يضمن و به قالت الثلاثة (و لأنه) أي و لأن المودع بفتح الدال (لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه) أي من المالك و هو ما عزله (أو طلبه) أي أو بغير طلبه أي طلب المالك لأن العقد قائم بهما فلا يرتفع إلا بهما (فبقى الامر) أي العقد باعتبار بقاء يده كيد المالك فلا يضمن و به قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (بخلاف ما إذا كان) أى الجحود (بحضرته) أي بحضرة المالك و قد مر وجهه و في الاجناس أما المودع إذا جحد الوديعة كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول إنه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كانت فيه حال جحوده و هلكت ضمن و إن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن و في المنتقى إذا كانت الوديعة أو العارية مما يحول يضمن بالجحود و إن (١) لم يحولها و في الاجناس الامانة تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين

(١)وإن لم يحولها و في الشامية: وذكر الرملي الظاهر أنه أى ما في الأجناس قول لم يظهر لأصحاب المتون =>

قال و للمودع أن يسافر بالوديعة و إن كان لها(١)حمل و مؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

إلا في (٢) ثلاث مسائل إحداها متولى الوقف إذا مات و لا يعرف حال غلاتها الذى أخذها و لم يبين لا ضمان عليه ذكره في كتاب الوقف هلال البصري و الثانية: السلطان إذا خرج الى الغزو و غنموا فأودع بعض الوديعة عند بعض الغانمين و مات و لم يبين عند من أودع لا ضمان عليه ذكره في السير الكبير والثالثة: أحد المتفاوضين في يده مال الشركة و مات و لم يبين مال الشركة لا ضمان عليه ذكره في الاصل و في الواقعات إذا قال دفنت الوديعة في مكان كذا و نسيت موضعها فهذا على وجهين إما انه لو قال دفنتها في داري أو في كرمي أو في موضع آخر ففي الوجه الاول و الثاني لا يضمن إذا كان للدار و الكرم باب لأنه ليس بتضييع و في الوجه الثالث يضمن لأنه تضييع و نقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم إذا ادعى المستودع ضياع الوديعة منذ عشرة ايام فقال صاحب الوديعة أنا أقيم البينة انها كانت في يده منذ يومين و قال المستودع وجدتها بعد ذلك فضاعت صدق فإن قال حين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتها فضاعت ضمن (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و للمودع أن يسافر بالوديعة و إن كان له حمل و مؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و في شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا في موضع واحد و هو أن يكون طعاماً كثيراً فانه يضمن استحساناً إذا سافر به لا قياساً و قال الإمام الاسبيجابي في طريقة الخلاف اذا كان له حمل و مؤنة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن سواء كان السفر قريباً

=> صحته فلم ينظروا إليه فراجع المطولات يظهرلك ذلك. (١)لها –ن– له. (٢)إلا فى ثلاث مسائل نظم الشرنبلالي عاطفا على بيتى الوهبانية بيتين و هى:

و كل أمين مات و العين يحصر	و ما وجدت عينا فدينا تصبر
سوى متولى الوقف ثم مفاوض	و مودع مال الغنم وهو المؤمر
و صاحب دار ألقت الريح مثل ما	لو القاه ملاك بها ليس يشعر
كذا والد جد وقاض وصيهم	جميعا و محجور فوارث يسطر

كذا فى الدر المختار أقول المحجور يشمل سبعة لأن الحجر يكون لصغر و رق وجنون و غفلة و دين (بفتح الدال و سكون الياء) وسفه وعته فبلغ المستثنى تسعة عشرمع إدخال الشريك فيها و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله يحصر) أى يحفظ مفعوله العين قبله (قوله تصبر) بالبناء للمجهول (قوله مفاوض) خلاف المعتمد (قوله و مودع) بكسر الدال والمؤمر بتشديد الميم الثانية (قوله لو القاه) بفتح الواو و وصلها باللام (قوله بها) أى بالدار (قوله يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال بغير علمه و اعترضه الحموى بأن الصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه اه فكان عليه أن يقول فى النظم ليس يامر (قوله كذا والد) برفعه و تنوينه كجد (قوله وقاض) بحذف يائه و تنوينه (قوله وصيهم) برفعه (قوله فوارث) إذا مات مجهلا لما أخبره المورث به من الوديعة.

و قالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل و مؤنة و قال الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك في الوجهين

أو بعيداً و قال محمد رحمه الله تعالى يضمن سواء كان قريباً أو بعيداً وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن كان بعيداً يضمن و إلا فلا ثم قال و أجمعوا إن كان الطريق مخوفاً يضمن كيفما كان ثم قال و اجمعوا على انه لوسافربالوديعة في البحر يضمن و قال قاضيخان رحمه الله تعالى فى فتاواه و أجمعوا على أن الأب و الوصي إذا سافرا بمال اليتيم لا يضمنان و الوكيل بالبيع إذا سافر بما و كل ببيعه قالوا إن قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن و إن أطلق فسافر به ان كان شيئا له حمل و مؤنة يكون ضامنا و إن لم يكن لها حمل و مؤنة لا يصير ضامنا عندنا إذا لم يكن له بد من السفر و إن كان له بد من السفر لا يكون ضامنا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى طال الخروج أم قصر و قال محمد رحمه الله تعالى يكون ضامنا طال الخروج أو قصر و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى إن طال الخروج يكون ضامنا و إن قصر لا يكون ضامنا ثم الواو في قوله و إن كان للوصل و الضمير في له يرجع إلى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لأنه يطلق على الوديعة و على الذي يقبلها أيضاً كما علم من قبل و قال الكاكي بمال الوديعة و فيه نظر لا يخفى و الحمَل (١) بفتح الحاء مصدر حمل الشيء و منه ما له حمل و مؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال و بيانه في لفظ الأصل ما له مؤنة في الحمل و هذا هو الأوجه (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ليس له ذلك) أي السفر بالوديعة (إذا كان لها حمل و مؤنة و قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك في الوجهين) أي فيما له حمل و مؤنة و فيما ليس له ذلك و للشافعي رحمه الله تعالى في نقلها من قرية إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان و هذا الخلاف إذا كان الطريق آمناً فإن كان مخوفاً و له بد من السفر ضمن بلا خلاف و كذا الأب و الوصى و إن لم يكن له بد من السفر إن سافر بأهله لا يضمن و إن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله ثم اطلاق قولهما ليس بوضع الجامع الصغير و لا المبسوط فانه ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخرج خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و اختلف أصحابنا بعد

(١) الحمل الخ كذا فى المغرب ص٢٢٥ ج١. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص ٢٨٤ ج٧ و إن أراد المودع السفر بالوديعة و قد نهاه المالك عن ذلك ضمنها و إن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها و إن لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليه احمد رحمه الله تعالى سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن و قال الشافعي رحمه الله تعالى إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها اه ملخصا.

لأبي حنيفة رحمه الله تعالى إطلاق الأمر و المفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً و لهذا يملكه الأب و الوصي في مال الصبي و لهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل و مؤنة فالظاهر أنه لا يرضى به فيقيد به و الشافعي رحمه الله تعالى

فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن قصر الخروج أو طال و كان له حمل و مؤنة أولا و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إن قصر الخروج لا يضمن بكل حال و إن طال لم يضمن إلا فيما له حمل و مؤنة و قال محمد رحمه الله تعالى كذلك إلا فيما له مؤنة فإنه لا يملك أن يخرج به قصر أو طال و في المبسوط بعدما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها و إذا بعدت ليس له ذلك (لأبي حنيفة رحمه الله تعالى إطلاق الأمر) أي أمر الآمر لأنه أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان (و المفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمناً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ فأجاب بقوله و المفازة إلى آخره قيد بقوله آمناً لأنه إذا لم يكن آمناً أو يكون بحرا يضمن (و لهذا) أي و لكون المفازة محلاً للحفظ (يملكه الأب و الوصي في مال الصبي) أي يملك الأب و الوصي السفر بمال الصغير فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك فإن قلت مسافرتهما بمال الصغير للتجارة و الناس يخاطرون بها لطمع الربح و ليس للمودع حق التصرف والاسترباح فى الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً قلت هذا توضيح للاستدلال و لئن كان استدلالاً فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصغير نظرية (١) و أولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز و حيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف هذا حاصل ما ذكره السغناقي و تبعه على ذلك صاحب الغاية و صاحب العناية و لكن هو محل المناقشة فإن لقائل ان يقول لا نسلم جواز سفر الأب أو الوصي بمال الصغير لأن الله أمر بالأحسن في قربان مال اليتيم فأين الأحسن أو الحسن في المسافرة بماله (و لهما) أى لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه يلزمه) أي أن المالك يلزمه (مؤنة الرد فيما له حمل و مؤنة فالظاهر أنه لا يرضى به فيقيد به) أي يقيد سفره بما ليس له حمل و مؤنة لأن فيما له حمل و مؤنة إضرارا عليه فان قلت كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل و مؤنة قلت باعتبار موت المودع في طريق فانه حينئذ يلزم المالك مؤنة الرد (و الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١)نظرية لقوله تعالى و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن و لو لا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما ألا ترى أن الجودة فى الأموال الربوية تتقوم فى تصرفهما حتى لا ينفذ بيعهما بمثلها وزنا لعدم النظر كذا فى التبيين.

يقيده بالحفظ المتعارف و هو الحفظ في الأمصار و صار كالإستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به و المعتاد كونهم في المصر لا حفظهم و من يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد و إذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً قال و إذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتي يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي و قالا

يقيده) أي يقيد حفظ الوديعة (بالحفظ المتعارف و هو الحفظ في الأمصار) لأن أسباب الصيانة تتهيأ في الأمصار من كل وجه و في غيرها من وجه دون وجه (و صار كالاستحفاظ بأجر) أي صار حكم الوديعة في الحفظ كما إذا استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهراً بدرهم فانه لا يسافر فلو سافر به يضمن (قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه) أى يلزم المالك في ملكه هذا جواب عن قولهما تقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل إنما ذلك (ضرورة امتثال أمره) أى لأجل ضرورة امتثال المودع أمره فأنه أمره مطلقاً و هو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع إلى المالك (فلا يبالي به) أى لا يبالى بلزوم مؤنة الرد المالك فى ملكه لأنه ضروري و ضمني (و المعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى أي المتعارف كون أهل الأمصار في المصر يعني المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر (لا حفظهم) أي ليس المعتاد حفظ المودعين في المصر ثم أوضح ذلك بقوله (و من يكون في المفازة يحفظ ماله فيها) أى فى المفازة كأهل الخيام و الاخبية فإنهم يحفظون أموالهم في المفازة و لا ينقلونها إلى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد) أشار بهذا إلى أن قياس الشافعي رحمه الله تعالى قياس بالفارق فلا يجوز (و إذا نهاه المودع) بكسر الدال و هو رب المال أى إذا نهى المودع رب المال (أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً) أي فكان تقييده صحيحاً (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع (١) إليه نصيبه حتي يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتي لو دفع (٢) يضمن نصفه (و قالا) أى قال

(١)لم يدفع الخ أشار بقوله "لم يدفع" إلى أنه لا يجوز ذلك حتى لو خاصمه إلى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه إليه فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى كذا فى البحر. (٢)لو دفع يضمن الخ و فى الدر المختار: و لو دفع هل يضمن؟ فى الدرر نعم و فى البحر الاستحسان لا فكان هو المختار اه. و فى رد المحتار: (قوله هو المختار) قال =>

يدفع إليه نصيبه و في الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده و قالا له ذلك و الخلاف في المكيل و الموزون و هو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك

ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يدفع إليه نصيبه و في الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له ذلك) أى للحاضر أن يأخذ نصيبه انما ذكر رواية الجامع الصغير تنبيهاً على ثلاث فوائد الاولى: التنبيه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور فى مختصر القدورى من قوله وديعة المكيل و الموزون لأن المذكور فيه الالف و هو موزون الثانية: أن القدوري رحمه الله تعالى نص على الاثنين و الجامع الصغير على الثلاثة فلو لا رواية الجامع لكان لقائل أن يقول نضيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً و يجعل تبعاً للأكثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الاثنين فلا يكون مستهلكاً و لا تبعا فله أخذه فيه فنبه برواية الجامع أن الحكمين سواء الثالثة: أنه ذكر في كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع و يوهم ذلك له أن يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذه زالت هذه الشبهة و تلقب هذه المسألة بمسألة الحمامي و حكايته أن رجلين دخلا الحمام و أودعا عند الحمامي همياناً من ذهب فخرج احدهما قبل صاحبه و أخذ الهميان و ذهب به ثم خرج الآخر و طالبه بالهميان و لعلهما تواطئا على ذلك فتحير الحمامي فقيل له فصل هذا الامر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فذهب إليه و قص عليه القصة فقال له أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تقل دفعته إلى صاحبك و لكن قل لا ادفعه إليك حتى يحضر صاحبك فانقطع الرجل و ترك الحمامي (و الخلاف في المكيل و الموزون و هو المراد بالمذكور في المختصر) أي مختصر القدوري ذكر هذا احترازاً من غير ذوات الامثال حتى إذا كانت الوديعة من الثياب و العبيد و الدواب ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه بالإجماع (لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي الحاضر (طالبه) أي طالب المودع (بدفع نصيبه فيؤمر) أى المودع (بالدفع اليه) أى إلى الحاضر لأنه مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغيبة الآخر (كما في الدين المشترك) أي كما يطلب الحاضر في الدين المشترك بأن باعا عبداً مشتركاً اذا حضر أحدهما

=> المقدسي مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون و قال الشيخ قاسم اختار النسفي قول الامام و المحبوبي و صدر الشريعة ابو السعود عن الحموي.

و هذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه و هو النصف و لهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز و حقه في المشاع و المفرز المعين يشتمل على الحقين و لا يتميز حقه إلا بالقسمة و ليس للمودع ولاية القسمة و لهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها

كان له أن يطالب المديون فكذا هذا (و هذا) توضيح لما ذكره (لأنه يطالبه) أي لأن الحاضر يطالب المودع (بتسليم ما سلم اليه) من الوديعة (و هو النصف و لهذا كان له) أي للمالك الحاضر (أن يأخذه) أي أن يأخذ نصيبه الذي هو النصف (فكذا يؤمر هو بالدفع اليه) أى كما أن له أن يأخذ نصيبه فكذا يؤمر المودع بالدفع إلى المالك الحاضر (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أنه طالبه) أي أن الحاضر طالب المودع (بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه) أى لأن الحاضر يطالب المودع (بالمفرز) اي المقسوم و ليس له فيه حق (و حقه) أى حق الحاضر (في المشاع و المفرز المعين يشتمل على الحقين) اي حق الحاضر و الغائب (و لا يتميز حقه إلا بالقسمة و ليس للمودع ولاية القسمة) لأنه ليس بوكيل في ذلك المقسوم (و لهذا لا يقع دفعه) أى دفع المودع (قسمة بالإجماع) حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المأخوذ بالإجماع فثبت ان القسمة ليست بنافذة (بخلاف الدين المشترك لأنه) أى الشريك الحاضر (يطالبه بتسليم حقه) أي حق المديون لأنه يسلم مال نفسه لا مال غيره (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها فدفع المديون نصيب الحاضر تصرف في ملك نفسه و ليس فيه قسمة على الغائب أما المودع فيدفع مال الوديعة بعينها ففى دفع مال الحاضر قسمة و هو غير مالك لها ألا ترى إذا غاب واحد و له عند آخر دين و وديعة فجاء رجل و ادعى الوكالة منه يقبض الدين و الوديعة فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة و قد نظر صاحب العناية في صرف الشراح الضمير في قوله بتسليم حقه إلى المديون و قال لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك و الحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون و معناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه و حقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها و المثل مال المديون ليس بمشترك بينهما و القضاء إنما يقع بالمقاصة و في نظره نظر لأن عبارة المصنف تشعر بأن الضمير يرجع إلى المديون على ما لا يخفى و قوله لأن الإنسان لا يؤمر إلى آخره ليس

و قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان و عليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع إليه قال و إن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر و لكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه و إن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و كذلك الجواب عنده في المرتهنين و الوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر

كذلك لأن المديون مامور بالتصرف في ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك ولا كلام في عدم جواز الأمر بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك فافهم (و قوله له أن يأخذه) جواب عن قولهما و لهذا كان له أن يأخذه و الضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهن أي قول القائل نصرة لقولهما كذا و كذا (قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع) يعني ليس من ضرورة جواز الاخذ استلزام جبر المودع على الدفع لأن الجبر ليس من ضرورات الجواز يعنى من لوازمه لانفكاكه عنه (كما إذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان و عليه) أي على المودع بالكسر (ألف لغيره فلغريمه) أي فلغريم المودع بالكسر (أن يأخذه) أي الألف (إذا ظفر به) إذا كان من جنس حقه قيل في تأويل قوله عليه الصلاة و السلام لصاحب الحق يد و لسان أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به (و ليس للمودع أن يدفعه اليه) أي إلى الغريم فدلت هذه المسألة على أن الجبر ليس من لوازم الجواز للانفكاك (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم) و هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل و الموزون و مالا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد و الدابة و الثوب الواحد و نحوها (لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر و لكنهما يقتسمانه (١) فيحفظ كل واحد منهما نصفه) لأن المالك رضي بحفظهما و اجتماعهما على حفظ الكل متعذر فيؤمران بالقسمة لأن المالك قد رضى بها حيث علم بذلك و الثابت دلالة كالثابت صريحاً و إذا دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و إن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي هذا التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و كذلك الجواب عنده) أى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى (في المرتهنين) بأن رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته فدفع أحدهما الى الآخر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما ذكره في المبسوط (و الوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر) بان وكل رجل

---

(١) يقتسمانه. قيد به لأن فيما يقسم لو أبيا القسمة و أودعاه فهلك ضمناه لتركهما ما التزماه كذا في البحر.

و قالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر و لا يضمنه كما في ما لا يقسم و له أنه رضي بحفظهما و لم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزى يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء الملك فيضمن الدافع و لا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن و هذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعهما و لا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل و النهار

رجلين بشراء شيء فدفعه اليهما مالاً مما يقسم فدفعه إلى الآخر فضاع عنده ضمن النصف و كذا الحكم في المستبضعين و الوصيين و العدلين في الرهن اذا سلم احدهما الى الآخر (و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين) يعني فيما يقسم و فيما لا يقسم (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر و لا يضمنه كما فيما لا يقسم) هما قاسا ما يقسم على ما لا يقسم و الجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتهما (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي المالك (رضى بحفظهما و لم يرض بحفظ احدهما كله) أي بحفظ أحد المودعين كل المودع بالفتح (لأن الفعل متى اضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل) فاذا سلم الكل إلى الآخر (فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع و لا يضمن القابض لأن مودع المودع) بفتح الدال فيهما (عنده لا يضمن) أى عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن (و هذا) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم و ما لا يقسم (بخلاف ما لا يقسم لأنه لما اودعهما و لا يمكنهما الاجتماع عليه) أي على المودع (آناء الليل و النهار) أي ساعاتهما و هو جمع إني (١) على وزن معي و يقال أني و إنو

---

(١) إني الخ و في اللسان مادة أني: الأني (بالفتح فالسكون) و الإني (بالكسر فالسكون): الوهن أو الساعة من الليل و قيل: الساعة منه أى ساعة و حكى الفارسى عن ثعلب: إنو (بالكسر فالسكون) فى هذا المعنى قال: و هو من باب أشاوى و قيل: الإنى (بالكسر فالفتح) النهار كله و الجمع آناء و أنى (بالضم فالكسر مع تشديد الياء) قال:

يا ليت لى مثل شريبى من نمى و هو شريب الصدق ضحاك الأنى

يقول: فى أى ساعة جئته وجدته يضحك و الإنى (بالكسر فالسكون) واحد آناء الليل و هى ساعاته و فى التنزيل العزيز: و من آناء الليل قال أهل اللغة منهم الزجاج: آناء الليل ساعاته واحدها إنيٌ و إنى فمن قال إنى فهو مثل نحى و أنحاء و من قال إنيٌ فهو مثل معيٌ و أمعاء و قال ابن الانبارى: واحد آناء الليل على ثلاثة أوجه: إنى بسكون النون و إنيٌ بكسر الألف و أنيٌ بفتح الألف و قاله الاصمعى و قال الاخفش: واحد الآناء إنوٌ (بالكسر فالسكون) =>

و أمكنهما المهاياة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الاحوال و إذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن و في الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه و كما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته و هو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط و إن كان مفيداً فيلغو و إن كان له منه بد ضمن لأن الشرط مفيد فإن من العيال من لا يؤتمن على المال و قد أمكن العمل به

(و أمكنهما المهاياة) و هي القسمة و التناوب (كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال) هذا ظاهر و قال في المبسوط قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أقيس لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل (و إذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) لأن هذا الشرط لا يفيد فصار لغواً لأنه لم يكن له بد من التسليم اليها (و في الجامع الصغير إذا نهاه) أى نهى المودع بكسر الدال المودع بفتح الدال (أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد (١) منه لا يضمن كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه و كما اذا كانت) أى الوديعة (شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته) لعدم الشرط الافادة كما ذكرنا (و هو محمل الأول) أي المذكور في الجامع الصغير محمل لما ذكره القدوري مطلقاً بأنه لا يضمن حتى إذا كان له منه بد بأن كانت الوديعة شيئاً خفيفا يمكن للمودع إستحفاظه و استصحابه بنفسه كالخاتم و نحوه فدفعه إلى عياله ضمن (لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط و إن كان) واصلة بما قبلها أي و إن كان هذا الشرط مفيدا (فيلغو) أى هذا الشرط لأنه شرط يناقض أصله فكان باطلا (و إن كان له منه بد ضمن) أي و إن كان للمودع ممن هو في عياله فراق بأن كان فيهم من لا يوثق بأمانته فنهاه رب المال عن الدفع اليه فدفع إليه ضمن (لأن الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال و قد امكن العمل به) أى بتعيين المودع عدم الدفع إلى من في عياله

=> يقال: مضى إنيان من الليل و إنوان و مضى إنو من الليل أى وقت لغة في إنى قال ابو علي؛ و هذا كقولهم جبوت الخراج جباوة أبدلت الواو من الياء اه ملخصا. (١)لا بد منه أشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة مما تحفظ في يد من منعه حتى لو كانت فرسا فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن كذا في البحر.

مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر و إن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز و إن حفظها في دار أخرى ضمن لأن الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد و لو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة و البيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال و من أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول و ليس له أن يضمن الآخر و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

(مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر) لأنه شرط مفيد و امكن العمل به و الشرط المفيد إنما يلغو إذا لم يمكن العمل به و على هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته و له امرأة اخرى امينة أو عن الحفظ في الدار و له اخرى فخالف فهلك ضمن و إذا نهى عن الدفع إلى امرأته و ليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لا يضمن لأن الاول غير مفيد و الثاني مفيد غير مقدور العمل به (و إن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لأن الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز) غالباً حتى لو تفاوتا ضمن و قالت الثلاثة إن نقلها إلى مثل الأول لا يضمن و إن نقلها إلى بيت دونه يضمن و لو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخالفته أمر صاحبها و عندنا في الأمر و في النهي لا يضمن إذا لم يتفاوت البيتان (و إن حفظهما في دار أخرى ضمن لأن الدارين تتفاوتان في الحرز فكان) أي الشرط (مفيداً فيصح التقييد) لإمكان العمل به (و لو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة و البيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة) أي خلل ظاهر و كل أمر يتخوف منه فهو عورة و كذلك كل أمر يستحيى منه فهو عورة و منه عورة الإنسان أي سوءته و عورات الجبال شقوقها و يقال أعور المكان إذا بدا منه موضع خلل و كذلك أعور الفارس و رجل أعور مختل العين (صح الشرط) لكونه مفيداً (قال) أي محمد في الجامع الصغير (و من أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر) أي المودع أودعها رجلاً آخر (فهلكت فله) أي فللمالك (أن يضمن الأول) أي المودع الأول (و ليس له أن يضمن الآخر) أي مودع المودع (و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال (١) أحمد رحمه الله تعالى في رواية ثم المودع يضمن بالايداع إلي غيره بلا خلاف عند اكثر الفقهاء و عند ابن أبي ليلى لا يضمن و في

(١)و به قال احمد فى رواية كذا فى المغنى ص ٢٨٢ ج٧.

و قالا له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر و إن ضمن الآخر رجع على الأول لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب و هذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم و الثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه و إن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة و له أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما

الذخيرة إنما يضمن المودع الأول بالإيداع (١) إذا هلكت الوديعة بعد أن يفارق الأول الثاني أما لو هلكت قبل المفارقة لا يضمن بمجرد الدفع اليه و إنما يضمن بالتضييع (و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (له) أى للمالك (أن يضمن أيهما شاء) أي المودع أو مودع المودع و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى في رواية (فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر و إن ضمن الآخر رجع على الأول) أي فإن ضمن المالك المودع الآخر رجع المودع الآخر على المودع الأول لأنه مغرور من جهته فإنه أودعه على أنه ملكه و انه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده فإذا لحقه الضمان رجع عليه (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (انه) أي أن المودع الثاني (قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب) و مودع المشترى (و هذا) توضيح لوجه ضمان الثاني (لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم و الثاني بالقبض فيخير) أي المالك (بينهما) أي بين تضمين الأول و بين تضمين الثاني (غير أنه إن ضمن الأول) أى إن ضمن المالك المودع الأول (لم يرجع) أى المودع الأول (على الثانى) أى على المودع الثانى (لأنه) أى الأول (ملكه) أى ملك ملك المال (بالضمان فظهر أنه) أى الأول (أودع ملك نفسه و إن ضمن الثانى) أى إن ضمن المالك المودع الثانى (رجع) أى الثانى (على الأول لأنه) أى الثانى (عامل له) أى للأول (فيرجع) أى الثانى (عليه) أى على الأول (بما لحقه) أى لحق الثانى (من العهدة) و هو الضمان (و له) أى لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي المودع الثاني (قبض المال من يد أمين لأنه) أي المودع الاول (بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه) اى ما لم يفارق الاول الثاني (لحضور رأيه) أى رأى الأول (فلا تعدى منهما) أي من المودع الأول و المودع

(١) بالايداع أى ايداع قصدى قال فى جامع الفصولين دخل الحمام و وضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدى الثيابى قال ح ضمن لايداع المودع و قال صط لا يضمن لأن الايداع ضمنى و إنما يضمن بايداع قصدى اه و لو أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الأول من البين بحر عن الخلاصة كذا فى الشامية.

فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك و أما الثاني فمستمر على الحالة الاولى و لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره قال و من كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه و أبى أن يحلف لهما فالالف بينهما و عليه ألف أخرى بينهما و شرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث و يحلف لكل واحد على الإنفراد لتغاير الحقين و بأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما و عدم الاولوية و لو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلبهما و نفياً لتهمة الميل ثم إن حلف لأحدهما

الثاني ما داما مجتمعين (فإذا فارقه) أي فارق الأول الثاني (فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك) أي بسبب تركه الحفظ الملتزم (و أما الثاني) أي المودع الثاني (فمستمر على الحالة الأولى) و هو القبض من امين (و لم يوجد منه) أى من الثانى (صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره) فهلكت حيث لا يضمن لأنه لم يوجد منه صنع بخلاف مودع الغاصب لأن الأول بمجرد الدفع متعد و الثاني بالأخذ (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما) أى ادعى كل واحد منهما (أنها له) أي أن الألف له (أودعها إياه و أبى) أى امتنع صاحب اليد (أن يحلف لهما فالألف بينهما) أى بين المودعين و في بعض النسخ فالألف لهما (و عليه) أي على صاحب اليد (ألف أخرى بينهما) أي بين المودعين و صورة المسألة في الجامع محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ألف درهم فى يدى رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذه الألف بينهما و يغرم ألفاً أخرى فتكون بينهما نصفين انتهى و قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير و في قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا يجب عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا الفاً واحدة فلا يجب عليه الف أخرى (و شرح ذلك) أى شرح الحكم المذكور (ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث) و هو قوله عليه الصلاة و السلام البينة على المدعي و اليمين على من أنكر (و يحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين) لأن كل واحد منهما يدعي الفاً (و بأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما و عدم الأولوية) لعدم المرجح (و لو تشاحا) أي لو تنازعا في البداية بالحلف (أقرع بينهما تطييبا لقلبهما و نفياً لتهمة الميل) أي ميل القاضي إلى أحدهما (ثم إن حلف لأحدهما

يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة و إن نكل أعني للثاني يقضى له لوجود الحجة و إن نكل للاول يحلف للثاني و لا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء و لو نكل للثاني أيضاً يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة و يغرم ألفاً أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله

يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة) يعني من جهة المدعيين (و إن نكل أعني للثاني). يعني بعدما حلف للاول (يقضى له) أي للثاني (لوجود الحجة) و هي النكول (و إن نكل للأول يحلف للثاني و لا يقضى بالنكول) يعني للأول لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما فحاصل المسألة على أربعة اوجه لأنه إما أن يحلف لكل منهما أو يحلف للأول منهما و ينكل للثاني أو بالعكس او ينكل لهما فان حلف لهما لا شيء لهما و ان حلف للاول و نكل للثاني فالألف له ببذله أو بإقراره و إن نكل للأول و حلف للثاني فالالف للأول و لا شيء للثاني و إن نكل لهما فالألف بينهما و عليه الف آخر بينهما لأن نكوله أوجب لكل واحد منهما كل الألف ليس معه غيره (بخلاف ما إذا أقر) أى صاحب اليد (لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء) بإنزاله مقراً أو باذلاً فحين نكل للأول لم يثبت الحق له (فجاز أن يؤخره) أى القضاء (ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء) بأنه يقضى بالألف للأول أو (١) للثاني أولهما جميعاً لأنه لو حلف للثاني فلا شئ له و الألف كله للأول و لو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه و هذا بخلاف الإقرار لأحدهما فانه يقضى بالألف للمقر له لأنه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء (و لو نكل للثاني أيضاً يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة و يغرم الفاً اخرى بينهما لأنه) أى لأن المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن النكول بذل

---

(١) أو للثاني الخ أقول لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالألف للثاني بعد نكول ذى اليد للأول و الكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير و العجب أنه قال فى التعليل لأنه لو حلف للثانى فلا شئ له و الألف كله للأول و لو نكل للثانى أيضا كان الألف بينهما و هذا قطعى فى أن المحتمل هنا وجهان لا غير و كان منشأ زلته هو أن الشراح قالوا فى بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف لهما أو لأحدهما فتوهم الشارح أن قولهم أو لاحدهما يعم الأول و الثانى فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأول كذا فى النتائج.

أو بإقراره و ذلك حجة في حقه و بالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه و لوقضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام (١) البزدوي رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني فإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة و كل ذلك لا يبطل حق الثاني و ذكر الخصافّ أنه نفذ قضاء ه للأول و وضع المسألة في العبد و إنما نفذ لمصادفته محل الإجتهاد لأن من العلماء من قال يقضي للأول و لا ينتظر لكونه إقراراً دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد ما صار للأول

عنده (أو بإقراره) أي عندهما لأن النكول إقرار عندهما (و ذلك) أي الإقرار أو البذل (حجة في حقه) أى في حق المودع المنكر (و بالصرف اليهما) أي بصرف المودع الالف إلى المدعيين (صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر) أى بنصف حق الآخر (فيغرمه) أي فيغرم الالف الذي صرف اليهما فيصير ألفان (و لو قضى القاضي للأول حين نكل) مع أنه ليس له ذلك (ذكر الإمام علي البزدوي رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني) أراد أنه لا ينفذ قضاؤه فيحلف للثاني (فاذا نكل) أى للثانى (يقضي بينهما) بالالف و يغرم الفاً أخرى بينهما (لان القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه) أى لأن القاضي (يقدمه) أى يقدم الأول للحلف على الثانى (إما بنفسه) أراد باختياره لا لدليل أوجب ذلك (أو بالقرعة) لتعذر الجمع بينهما (و كل ذلك) أي تقديمه الاول باختياره أو بالقرعة (لا يبطل حق الثاني) لأنه فعل ما ليس له فعله ثم ان الإمام على البزدويّ لم يذكر انه إذا حلف للثاني ما ذا حكمه و ذكر أخوه أبو اليسرّ في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله للاول (و ذكر الخصافّ انه نفذ قضاؤه للأول) يعني يكون كل الألف له و لا يكون بينهما (و وضع) أي الخصاف رحمه الله تعالى (المسألة في العبد) بأن كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد أنه له و أودعه إياه (و انما نفذ) أى قضاء القاضي للأول (لمصادفته) أى لمصادفة قضاء القاضي للأول (محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضى للأول) أى بالنكول (و لا ينتظر) أى لا ينتظر القاضي للثانى (لكونه) أى لكون النكول (إقرارا دلالة) لأن امتناعه عن اليمين يدل على الإقرار (ثم لا يحلف للثاني) أى للمدعي الثاني (ما هذا العبد لي) يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد بل يضم اليه قوله و لا قيمته (لان نكوله لا يفيد بعدما صار) أى العبد (للأول) أراد انه لما أقر بالعبد للأول و ثبت به حق الاول فلا يفيد إقراره به للثاني لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني

---

(١)الامام البزدوى: ـن ـ الامام على البزدوىّ.

و هل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد و لا قيمته و هو كذا و كذا و لا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة و دفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً له و هذه فريعة تلك المسألة و قد وقع فيه بعض الإطناب و الله أعلم.

بعد ذلك (و هل يحلفه بالله ما لهذا) أي للثاني (عليك هذا العبد و لا قيمته و هو كذا و كذا و لا أقل منه قال) أي الخصاف (ينبغي أن يحلفه) على هذا الوجه (عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة) لانسان (و دفع بالقضاء إلى غيره) أى غير المقر له (يضمنه عند محمد رحمه الله تعالى) أى يضمن ما أقر بالوديعة لأنه أقر بالتزام الحفظ فمتى أقر به لانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركاً للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن كما لو دل سارقا على السرقة (خلافاً له) أى لأبي يوسف رحمه الله تعالى لأن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شئ و انما الفوات بالدفع باكراه القاضي فلا يكون موجباً للضمان و هذا الخلاف كما علمت فيما إذا كان الدفع بالقضاء و أما إذا كان بلا قضاء بأن أقر بالوديعة لإنسان ثم قال أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول لأن إقراره بها صحيح و رجوعه بعد ذلك باطل و يضمن للآخر قيمتها لاقراره أنها للثانى و أنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول فيضمن له قيمتها و هذا بالإتفاق فإن قلت و ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية قلت لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد رحمه الله تعالى و كذا بالنكول فيأتي التحليف و عند ابى يوسف رحمه الله تعالى لا يضمن ثمة بالاقرار و كذا ههنا بالنكول فلا فائدة في التحليف (و هذه) أى المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع الثاني بعد قضائه للأول ما لهذا عليك هذا العبد و لا قيمته (فريعة تلك المسألة) يعني المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الضمان و عدمه و إنما قال بالتصغير إشارة إلى اختصار تلك المسألة و كثرة فروع المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و أشار إلى ذلك بقوله (و قد وقع فيه بعض الإطناب) أى التطويل يعني وقع الاطناب في الأصل في باب إقرار الرجل بالمال و كان ينبغي أن يقول فيها لأن المسألة مؤنث و لكن التذكير إما باعتبار المذكور و إما تسامح فإن الفقهاء يتسامحون في العبارات و من جملة تفريعات تلك المسألة ما لو قال المودع أودعنيها أحدكما و لا ادرى أيكما هو فالمدعيان إذا أصطلحا على

كتاب العارية

أخذها بينهما فلهما ذلك و الألف بينهما و ليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما و إن لم يصطلحا و يدعي كل منهما ان الالف له فانه يحلف لكل واحد و قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى يكفي يمين واحدة ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و في قول محمد رحمه الله تعالى لهما أن يصطلحا بهذا الاستحلاف على أخذ الألف بينهما و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و في قول يقسم بينهما و لو نكل قضى بالألف بينهما و ضمن الفاً أخرى بينهما و عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى لا يضمن الفاً أخرى بل يقرع بينهما عند أحمد رحمه الله تعالى و يصطلحان عند الشافعي رحمه الله تعالى و إن حلف لأحدهما و نكل للآخر قضى بألف للذي نكل و لا شئ للذى حلف و كذا لو قال على ألف لهذا أو لهذا و كل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه والله أعلم.

(كتاب (١) العارية)

وجه المناسبة بين الكتابين أن كلا منهما أمانة و العارية يجوز في يائها التخفيف و التشديد أفصح قال في المغرب (٢) العارية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة و أخذها من العار العيب أو العرى خطأ إلى العارة اسم من الإعارة و قال (٣) الجوهري رحمه الله تعالى العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار و عيب و العارة مثل العارية و رده في النهاية بأن النبي ﷺ باشرها على ما يجئ عن قريب و قيل هي مشتقة من التعاور و هو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع في ملكه على ان تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء و لهذا كانت الإعارة في المكيل و الموزون قرضاً لأنه لا ينتفع بهما إلا باستهلاك العين و لا تعود النوبة اليه في ملك العين لتكون عارية حقيقة و انما تعود النوبة اليه في مثلها و إنما قدم بيان الجواز على تفسيرها

(١) كتاب العارية أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكا و إن اشتركا في الامانة كذا في البحر. (٢) المغرب مادة عور ص ٨٩ ج ٢. (٣) قال الجوهرىّ في الصحاح مادة عور ص ٧٦١ ج ٢ – و في المصباح: تعاورو الشئ و اعتوروه تداولوه و العارية فن ذلك و الأصل فعلية بفتح العين قال الازهرىّ نسبة إلى العارة و هى اسم من الاعارة يقال أعرته الشئ إعارة و عارة مثل أطعته إطاعة و طاعة و أجبته إجابة و جابة و قال الليثّ سميت عارية لأنها عار على طالبها و قال الجوهرىّ مثله و بعضهم يقول ماخوذ من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها و هما غلط لأن العارية من الواو لأن العرب يقولون هم يتعاورون العوارى و يتعورونها بالواو إذا عار بعضهم بعضا و الغار و عار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الازهرىّ و قد تخفف العارية فى الشعر و الجمع العوارى بالتخفيف و بالتشديد على الأصل اهـ.

قال العارية جائزة لأنه نوع إحسان

لشدة تعلق الفقه به (قال) أي القدوري (العارية (١) جائزة لأنه نوع إحسان) ﴿و ما على المحسنين

(١)العارية جائزة الخ الأصل فيها الكتاب و السنة و الاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿و يمنعون الماعون﴾ روى عن ابن عباس و ابن مسعود أنهما قالا: "العوارى" و فسرها ابن مسعود فقال: "القدر و الميزان و الدلو". و أما السنة فما روى عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع: "العارية مؤداة و الزعيم غارم" أخرجه أبو داود و حسنه الترمذى و صححه ابن حبان (فتح البارى ٥:١٧٨) و روى الأربعة و صححه الحاكم من جديث الحسن عن سمرة رفعه "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" فتح البارى أيضا. و قال الموفق في "المغنى" (٥:٣٥٤): أجمع المسلمون على جواز العارية و استحبابها و لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع و لذلك صحت الوصية بالأعيان و المنافع جميعا إذا ثبت هذا فإن العارية مندوب إليها و ليست واجبة في قول أكثر أهل العلم و قيل: هي واجبة للآية قال ابن حزم في "المحلى": و من سألها محتاجا ففرض عليه إعارته إياه إذا أوثق بوفاءه (٩:١٦٨) و لما روى أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال: "ما من صاحب إبل لا يؤدى حقها" الحديث قيل: يا رسول الله! و ما حقها؟ قال: "إعارة دلوها و إطراق فحلها و منحة لبنها يوم وردها" فذم الله تعالى مانع العارية و توعده رسول الله ﷺ بما ذكر في الخبر. و لنا قول النبي ﷺ: "إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك" رواه ابن المنذر و ابن ماجة من طريق دراج أبي السمح عن ابن حجيرة عن أبي هريرة رفعه و سنده جسن فإن دراجا مختلف فيه و روى عن النبي ﷺ أنه قال: "ليس في المال حق سوى الزكاة" رواه ابن ماجة من طريق شريك عن أبي حمزة عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس مرفوعا (ص١٢٩) و سنده حسن و في حديث الأعرابي الذى سأل فيه رسول الله ﷺ: ما ذا فرض الله على من الصدقة؟ قال: "الزكوة فقال: هل على غيرها؟ قال: "لا إلا تطوع شيئا" (متفق عليه) أو كما قال. و الآية قال عكرمة في تفسيرها: إذا جمع ثلاثتها فله الويل: إذا سها عن الصلاة و رأى و منع الماعون رواه الفريابي و ابن المنذر و البيهقي عنه: أنه سئل عن الماعون فقال: "هي العارية فقيل فمن يمنع متاع بيته فله الويل قال لا و لكن إذا جمعهن ثلاثتهن فله الويل" الحديث (الدر المنثور ٦:٤٠١) و قال ابن حزم في "المحلى" بعد ما ذكر الآثار في تفسير الماعون بالعارية: و هو قول عكرمة و إبراهيم و غيرهما و ما نعلم عن أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم خلافا لهذا. فإن قيل: قد روى عن على رضي الله تعالى عنه أنها الزكاة قلنا: نعم! و لم يقل: ليست العارية ثم قد جاء عنه أنها العارية فوجب جمع قوليه و أخرج ابن أبي حاتم عن عكرمة قال: "رأس الماعون زكاة المال و أدناه المنخل و الدلو و الإبرة" كما في "الدر المنثور" فإن قيل: قد روى عن ابن عباس: لم يأت أهلها (أى مصداق هذه الآية) بعد من طريق ليث عن مجاهد قلنا: نعم و هذا غير مخالف لما صح عنه من طريق مجاهد لأن معنى قوله: لم يأت أهلها بعد أى أن الناس اليوم يتباذلون و لا يمنعون و سيأتى زمان يمنعونه و لا يحتمل ألبتة قول ابن عباس إلا هذا الوجه و بالله التوفيق اهـ (٩:١٦٩). و في "أحكام القرآن" للجصاص بعد ذكر الاختلاف في تفسير الماعون ما نصه: قال أبو بكر: يجوز أن يكون جميع ما روى فيه مراد لأن عارية هذه الآلات قد تكون واجبة في حال الضرورة إليها (إذا خيف على المستعير الضرر في النفس أو المال لو منع منها كما إذا كان عطشان يخاف عليه لو منع الماء أو الدلو أو جائعا يخاف عليه لو منع القدر و الفأس و نحوهما أو حمل عليه سبع يخاف عليه منه لو منع العصا و الحربة و نحوها) و مانعها مذموم مستحق للذم و قد يمنعها المانع لغير ضرورة فينبئ ذلك عن لؤم و مجانبة أخلاق المسلمين و قال النبي ﷺ: "بعثت لأتمم مكارم الأخلاق" اهـ. (٣:٤٧٥). =>

و قد استعار النبي عليه الصلاة و السلام دروعاً من صفوان

من سبيل﴾ فيكون جائزاً خلافاً لقوم في أنها واجبة (و قد استعار النبي ﷺ دروعاً من صفوان) أخرجه (١) أبو داود و النسائي رحمهما الله تعالى عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن ابيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال أغصب يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده و الحاكم في المستدرك و سكت عنه و إنما قال و له شاهد صحيح ثم أخرجه عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً و سلاحاً في غزوة حنين فقال يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة قال نعم عارية مؤداة و قال (٢) حديث صحيح على شرط مسلم رحمه الله تعالى و أخرجه (٣) الدارقطني رحمه الله تعالى ثم البيهقي رحمه الله تعالى عن اسحاق بن عبد الواحد حدثنا خالد بن عبد الله عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله

=> و في "البحر": و من محاسنها (أي العارية) النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر لأنها لا تكون إلا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة و القرض بثمانية عشرة اه. (٦:٢٧٩). و أخرج البخاري عن أبي هريرة: "أن رسول الله ﷺ قال: "نعم المنيحة اللقحة الصفي منحة و الشاة الصفي تغدو بإناء و تروح بإناء" و في لفظ له "نعم الصدقة" اهـ. قال الحافظ في "الفتح": و المراد بها في أحاديث الباب هنا عارية ذوات الألبان ليؤخذ لبنها ثم ترد هي لصاحبها اه (٥:١٧٩) و الله تعالى أعلم. (١)أخرجه ابوداود رحمه الله تعالى في البيوع باب في تضمين العارية ص١٤٥ ج٢ و النسائي رحمه الله تعالى في الكبرى كتاب العارية باب تضمين العارية ص٤١٠ ج٣ و الدار قطني رحمه الله تعالى في البيوع ص٣٩ ج٣ أقول و في الباب احاديث أخرى منها ما أخرجه البخاري في الهبة باب من استعار من الناس الفرس و الدابة و غيرهما ص٣٥٧ ج١ عن قتادة قال سمعت انسا رضى الله تعالى عنه يقول كان فزع بالمدينة فاستعار النبي ﷺ فرسا من ابي طلحة رضى الله تعالى عنه يقال له "المندوب" فركب فلما رجع قال ما رأينا من شئ و إن وجدناه لبحرا و رواه مسلم رحمه الله تعالى في الفضائل باب شجاعة النبي ﷺ ص٢٥٢ ج٢ و منها ما أخرجه البخاري رحمه الله تعالى أيضا في الهبة باب الاستعارة للعروس عند البناء ص٣٥٨ ج١ عن ايمن قال دخلت على عائشة رضى الله تعالى عنها و عليها درع قطر ثمن خمسة دراهم فقالت ارفع بصرك إلى جاريتي انظر إليها فانها تزهى أن تلبسه في البيت و قد كان لي منهن درع على عهد رسول الله ﷺ فما كانت إمرأة تقيّن بالمدينة إلا ارسلت إليّ تستعيره اه. أقول هذان الحديثان الصحيحان نصان في الباب. (٢)قال حديث صحيح الخ وأقره الذهبي عليه كذا في الاعلاء و قد أخرجه الحاكم أيضا في المغازي (ص٤٨ ج٣) من طريق ابن اسحاق حدثني عاصم بن عمر بن قتادة عن عبد الرحمن بن جابر عن ابيه جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ لما أراد المسير إلى حنين بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن امية فسأله أدراعا مائة درع و ما يصلحها من عدتها فقال أغصباً يا محمد؟ فقال بل عارية مضمونة حتى نؤديها إليك و قال صحيح الاسناد كذا في نصب الراية ص١١٦ ج٤. (٣)أخرجه الدارقطني رحمه الله تعالى في البيوع ص٣٨ ج٣ و البيهقي رحمه الله تعالى في العارية باب العارية مؤداة ص٨٨ ج٦.

و هي تمليك المنافع بغير عوض و كان الكرخي رحمه الله تعالى يقول هي (١) إباحة الإنتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظة الإباحة و لا يشترط فيه ضرب المدة و مع الجهالة لا يصح التمليك

تعالى عنه الحديث فإن قلت في الروايتين إشكال لأن في إحداهما قال بل عارية مضمونة و في الاخرى قال عارية مؤداة قلت قال (٢) صاحب التنقيح هذا دليل على أن العارية منقسمة إلى مؤداة و مضمونة قال و يرجع ذلك إلى المعير فإن شرط الضمان كانت مضمونة و إلا فهي أمانة قال و هو مذهب احمد رحمه الله تعالى و عنه أنها مضمونة بكل حال و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن إلا إذا فرط فيها و سيجئ تحرير الكلام فيه عن قريب إن شاء الله تعالى و مقصود المصنف بهذا ههنا إثبات جواز العارية فقط و أما بيان حكمها في الضمان و عدمه فسيقوله عن قريب (و هى تمليك (٣) المنافع بغير عوض) هذا لفظ القدورى و هذا هو التفسير عند اكثر اهل العلم و قوله تمليك المنافع جنس يتناول الإجارة و غيرها و قوله بغير عوض يخرجها (و كان الكرخي يقول هو إباحة الانتفاع بملك الغير) ذكر الضمير مع كون العارية مؤنثة إما باعتبار المذكور أو إما باعتبار أن العارية في الأصل إما مصدر كالعاقبة و الكاذبة أو اسم للمصدر و كل منهما يستوى فيه التذكير والتأنيث و بقوله قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و استدل الكرخي على ذلك بأربعة أوجه. الأول: هو قوله (لأنها تنعقد بلفظة الإباحة) فإن قال المعير ابحت لك هذا الثوب مثلاً يكون عارية و التمليك لا ينعقد بلفظة الإباحة. الثاني: هو قوله (و لا يشترط فيه ضرب المدة و مع الجهالة لا يصح التمليك) أي لا يشترط في العارية بيان المدة و التمليك يقتضى أن تكون المنافع معلومة لأن تمليك المجهول لا يصح و لا يعلم إلا بضرب المدة و هو ليس بشرط

---

(١)هى -ن- هو. (٢)قال صاحب التنقيح الخ قال الحافظ الزيلعى فى نصب الراية ص١١٧ ج٤ قلت: بل هما واقعتان يدل عليه ما رواه عبد الرزاق فى مصنفه فى أثناء البيوع أخبرنا معمر عن بعض بنى صفوان عن صفوان رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ استعار منه عاريتين إحداهما بضمان و الأخرى بغير ضمان اه أقول و هذا و إن كان فيه راو لم يسم فانه يصلح للجمع بين الروايات و رفع الاضطراب عنها كما لا يخفى. (٣)تمليك المنافع الخ أفاد بالتمليك لزوم الايجاب و القبول و لو فعلا كذا فى الدرالمختار (قوله و لو فعلا) أى كالتعاطى كما فى القهستانى و هذا مبالغة على القبول و أما الايجاب فلا يصح به و الظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية وركنها الايجاب من المعير و أما القبول من المستعير فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى اه أى القبول صريحا غير شرط بخلاف الايجاب و لهذا قال فى التاترخانية أن الاعارة لا تثبت بالسكوت اه و إلا لزم أن لا يكون أخذها قبولا كذا فى رد المحتار.

و كذلك يعمل فيه النهى و لا يملك الإجارة من غيره و نحن نقول إنه ينبئ عن التمليك فإن العارية من العرية و هي العطية و لهذا ينعقد بلفظة التمليك

في العارية فكان تمليكاً للمجهول. الثالث: هو قوله (و كذلك يعمل فيه النهى) أى كما لا يشترط فيه ضرب المدة كذلك يعمل فيه نهى المالك عن الاستعمال و لو كان تمليكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع. الرابع: هو قوله (و لا يملك (١) الإجارة من غيره) أي لا يملك المستعير إجارة ما استعاره و لو كان تمليكاً جاز له ذلك كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره لتملكه المنافع (و نحن نقول إنه) أى عقد العارية أو يكون وجه التذكير من الضمير ما ذكرنا الآن (ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية و هي العطية) فاذا كانت العارية عطية يكون تمليكاً (و لهذا ينعقد بلفظة التمليك) مثل أن يقول ملكتك منافع هذه الدار شهراً أو جعلت لك سكنى داري هذه شهراً ذكره في المبسوط و اذا انعقدت بلفظة التمليك يكون تمليكاً و في قوله فان العارية من العرية مناقشة لأنه أراد أنها مشتقة من العرية كما قال الاترازيّ و ليس كذلك فان العارية أجوف واوي و لهذا ذكره اهل اللغة في باب عور و العرية ناقص و حرف العلة في لامه فلذلك ذكره أهل اللغة في باب عرو و الاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسباً في اللفظ و المعنى المراد من التناسب ان يكون في الحروف و الترتيب كضرب فانه مشتق من الضرب فلا إشتقاق بين عور و عرو فإن قلت هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير و أما الاشتقاق الكبير فلا يشترط فيه إلا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجبذ من الجذب قلت المراد من الاشتقاق حيث اطلق هو الصغير و لئن سلمنا أن بينهما تناسباً في اللفظ و لكن لا نسلم أن بينهما اشتقاقاً كبيراً أيضاً لعدم المناسبة في المعنى فان مادة العارية تدل على التناوب أو التداول و مادة العارية تدل على الالمام و الاتيان يقال عروت الرجل و أعروه عروا إذا ألممت به و أتيته طالباً فهو معرو و فلان تعروه الاضياف و تعتريه أى تغشاه و إن اراد أن معنى العارية مأخوذ من معنى العرية فليس كذلك لما تبين لك من اختلاف المعاني في أصل المادة لأن العرية هي النخلة يجعل صاحبها تمرها عاماً لرجل محتاج فيعروها المحتاج أي يأتيها و هذا معنى العرية و تفسير المصنفّ إياها بقوله و هي العطية ليس تفسيراً بحسب اللغة ولكن لما كان فيها الأخذ و العطاء اطلق عليها العطية و هي فعيلة بمعنى مفعولة و انما أدخلت فيها الهاء لأنها افردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة و الاكيلة

(١) و لا يملك الخ و من ملك شيئا بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض و بغير عوض كالموهوب له كذا في الكفاية.

و المنافع قابلة للملك كالأعيان و التمليك نوعان بعوض و بغير عوض ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع و الجامع بينهما دفع الحاجة و لفظة الإ باحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإ باحة و هي تمليك و الجهالة لا تفضي إلى المنازعة

ألا ترى أنك إذا أجبت بها مع النخلة تقول النخلة عرى فلا يحتاج إلى الهاء لأن الفعيل إذا كان بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر و المؤنث و المذكر أصل و أولى و إن اراد أن حكم العارية كحكم العرية فليس كذلك لأن المعير له أن يرجع في العارية متى شاء و المعرى ليس له ذلك (و المنافع قابلة للملك كالأعيان) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك فأجاب به ثم بنى على ذلك قوله (و التمليك نوعان بعوض و بغير عوض) و هذا لا نزاع فيه (ثم الأعيان تقبل النوعين) أي تمليك العين بعوض كالبيع و تمليكها بغير عوض كالهبة و الصدقة (فكذا المنافع) تقبل النوعين بعوض كالإجارة و بغير عوض كالعارية (و الجامع بينهما دفع الحاجة) أي الجامع بين الاعيان و المنافع دفع حاجة الناس فكما أنهم محتاجون إلى نوعى التمليك في الأعيان فكذلك محتاجون إلى ذلك فى المنافع و ما قيل إن هذا استدلال في التعريفات و هي لا تقبله لأن المعرف إذا عرف شيئاً بالجامع و المنافع فان سلم من النقض فذاك و إن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن و أما الإستدلال فانما يكون في التصديقات و ايضاً فإن هذا قياس في الموضوعات و هو غير صحيح لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره و لا نص فيه و الموضوعات ليست بحكم شرعي و موضعه أصول الفقه و أيضاً من شروط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع هو نظيره و المنافع ليست نظير الأعيان فجوابه أن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي فإن كان لفظياً فما ذكر فى بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك و إن كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية و لكن لو عرف العارية بأنها عقد على المنافع بغير عوض و جعل المذكور في الكتاب حكمها يسلم من الشكوك (و لفظة الإباحة استعيرت للتمليك) هذا جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة و وجه ذلك أنه مجاز (كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة و هي تمليك) أي و الحال أن الاجارة تمليك (و الجهالة (١) لا تفضي إلى المنازعة) هذا جواب عن

(١) و الجهالة الخ و المراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما فى الخلاصة: لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لى حماران في الاصطبل فخذ أحدهما و اذهب فأخذ أحدهما و ذهب به يضمن إذا هلك و لو قال له خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن اه كذا فى البحر.

لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة و لأن الملك إنما يثبت بالقبض و هو الانتفاع و عند ذلك لا جهالة و النهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه و لا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى قال و تصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه و أطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه و منحتك هذا الثوب

قوله و مع الجهالة لا يصح التمليك و وجهه أن الجهالة المانعة هي المفضية إلى النزاع و هذه ليست كذلك (لعدم اللزوم) لأن المعير له ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة (فلا تكون) أي الجهالة (ضائرة) يعني مفضية إلى النزاع بخلاف الإجارة لأنها عقد معاوضة و تعلقت صفة اللزوم بها فتفضى الجهالة فيها إلى النزاع (و لأن الملك انما يثبت بالقبض) هذا وجه آخر أى أن الملك في العارية يثبت بقبضها (و هو) أى القبض (الانتفاع و عند ذلك) أي عند القبض (لا جهالة) لأنه عند القبض معلوم فالجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة و لهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في الصبغ و الخياطة (و النهى منع عن التحصيل) هذا جواب عن قوله و كذلك يعمل فيه النهي و وجهه أن عمل النهى ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث أنه بالنهى يمنع المستعير عن التمليك (فلا يتحصل المنافع على ملكه) لكونه دليل الرجوع و الاسترداد لا ابطال الملك بعد ثبوته (و لا يملك الإجارة) جواب عن قوله و لا يملك الإجارة من غيره يعني إنما لا يملك المستعير الإجارة (لدفع زيادة الضرر) أى بالمعير لأنه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به عند قوله و ليس للمستعير أن يواجر ما استعاره (قال) أي القدوري (و تصح) أى العارية (بقوله أعرتك لأنه صريح فيه) أي (١) حقيقة في عقد العارية (و أطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) أراد أنه مجاز في تمليك المنفعة لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه و إن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لإسم المحل على الحال قيل في عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف و المجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذاً بين العبارتين و أجيب بأن كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة و الآخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة (و منحتك هذا الثوب) أى أعطيتك هذا الثوب لأن منح معناه أعطي و منه المنحة

---

(١) أى حقيقة. قال قاضي زاده في النتائج: الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة و المجاز المتعارف اهـ فالأول أعرتك و الثانى أطعمتك هذه الارض.

و حملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين و عند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً

و هي الناقة أو الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح (و حملتك (١) على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) أي بقوله هذا أعني حملتك على هذه الدابة و قوله منحتك هذا الثوب قال الشيخ حافظ الدينؒ كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل ثم أجاب بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك قلت المذكور شيئان أحدهما قوله و منحتك هذا الثوب و الآخر حملتك على هذه الدابة (لأنهما) أى لأن قوله منحتك هذا الثوب و حملتك على هذه الدابة (لتمليك العين) يعني حقيقة (و عند عدم أرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً) أي مجازا من حيث العرف العام و استشكل حافظ الدينؒ هنا أيضاً من وجهين الأول: انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازاً لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة و علل بأن الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة و هذا تناقض ظاهر و الثاني: أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة و الحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة و تصدى (٢) الأترازيؒ بالجواب بقوله نعم ان لفظ حملتك يدل

(١)حملتك الخ قد بوب الامام البخارىؒ فى صحيحه فى كتاب الهبة ص٣٥٩ ج١ "باب اذا حمل رجلا على فرس فهو كالعمرى و الصدقة وقال بعض الناس له أن يرجع فيها" و ذكر فيه حديث عمر رضى الله تعالى حملت على فرس فى سبيل الله فرأيته يباع فسألت رسول الله ﷺ فقال "لا تشتره و لا تعد فى صدقتك" فان أراد بهم الحنفية و أنهم حملوه على العارية ففيه أن عندنا قول الرجل: حملتك على هذا الفرس إن نوى به الهبة فهو هبة و إلا فعارية و على التقديرين يصح الرجوع عندهم إذا لم يكن صدقة على الفقير أو هبة لذى رحم محرم منه و الظاهر من حديث الباب أنه كان قد تصدق بالفرس على الذى حمله عليه فلذا أقدم على الشراء و لا يلزم منه أن مجرد الحمل يكون تمليكا أو وقفا قال الحافظ العينىؒ فى العمدة: قال الداودىؒ: قول البخارىؒ: هو كالعمرى و الصدقة تحكم بغير تأمل و قول من ذكر من الناس أصح لأنهم يقولون: المسلمون على شروطهم قلت: عند الحنفية قول الرجل: "حملتك على هذا الفرس" لا يكون هبة إلا بنية لأن الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية و لكنه يحتمل الهبة يقال "حمل الأمير فلانا على الفرس" معناه ملكه إياه فيحمل على التمليك عند نيته لأنه نوى ما يحتمله لفظه و فيه تشديد عليه فتعتبر نيته اهـ. (٢)تصدى الاترازىؒ الخ و فى المستصفى شرح النافع قلنا جاز أن يكونا لتمليك العين حقيقة و لتمليك المنفعة مجازا و إلى هذا مال صاحب الهدايةؒ فى كتاب العارية فيكون التقدير إذا لم يرد به الهبة و أراد به العارية و يحتمل أن يكونا لتمليك المنفعة حقيقة و لتمليك العين مجازا و إليه أشار فخر الاسلام رحمه الله تعالى فى مبسوطه و صاحب الهداية فى كتاب الهبة و يكون قوله إذا لم يرد به الهبة للتاكيد ويحتمل أن يكون المعنيان حقيقيين لهما و إنما يرجح أحدهما لأنه أدنى الامرين فيحمل عليه للتيقن به كذا فى الكفاية.

قال و أخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه و داري لك سكنى لأن معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لأنه جعل سكناها له مدة عمره و جعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال و للمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلاة و السلام المنحة مردودة و العارية

على الإركاب لغة و لكن يدل على التمليك عرفاً يقال حمل الأمير فلاناً و يراد التمليك و يستعمل للعارية أيضاً قال تعالى ﴿إذا ما أتوك لتحملهم﴾ أى لتركبهم فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى و إن لم ينو شيئاً كان عارية لأنها المتيقن بها قلت هذا جواب عن الاستشكال الثاني (قال و أخدمتك (١) هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه) و ذلك يكون عارية (و داري لك سكنى لأن معناه سكناها لك) فإذا كان معناه هذا يكون عارية (و داري لك عمري سكنى لأنه جعل سكناها له مدة عمره و جعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك) لأنه منصوب على التمييز من قوله لك (لأنه) أى لأن قوله لك (يحتمل تمليك المنافع) كما يحتمل تمليك العين فإذا ميزه تعينت المنفعة (فحمل عليه) أى على تمليك المنافع (بدلالة آخره) أى آخر الكلام و هو السكنى و هذا حمل المحتمل على المحكم لأن السكنى محكم في العارية (قال) أي القدوريّ (و للمعير أن يرجع في العارية متى شاء) سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة و قال مالك رحمه الله تعالى لا يجوز الرجوع في الموقتة قبل مضى الوقت فيكون حكمها عنده كالإجارة و في الجواهر اذا قال اعني بغلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين فليس بعارية بل يرجع إلى حكم الإجارة و كل ما كان من هذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة و الفساد (لقوله عليه الصلاة و السلام المنحة مردودة و العارية

(١) أخدمتك الخ إذا قال الرجل أخدمتك هذه الجارية أو هذا العبد فهو عارية و ليس بتمليك ولا هبة إلا أن تقوم بذلك قرينة واحتج البخاريّ على أنه للتمليك بقصة هاجر و فيها قوله ﷺ هاجر ابراهيم بسارة فأعطوها آجر فرجعت فقالت أشعرت أن الله كبت الكافر و أخدم وليدة اهـ و لا حجة له فيه فقد قال ابن بطال: لا أعلم خلافا أن من قال: أخدمتك هذه الجارية أنه قد وهب له الخدمة خاصة فان الإخدام لايقتضى تمليك الرقبة كما أن الإسكان لا يقتضى تمليك الدار قال: و استدلاله بقوله: فأخدمها هاجر على الهبة لا يصح و إنما صحت الهبة فى هذه القصة من قوله: فأعطوها هاجر اهـ من فتح البارى ثم أورد البخاريّ على بعض الناس أنه قال فى قول الرجل: "كسوتك هذا الثوب" إنه هبته اهـ أى و هو كالاخدام فى إفادته تمليك المنفعة وضعا دون تمليك العين فالقول بكون الأول عارية و الثانى هبة تناقض قلنا: لا يجوز القياس فى اللغة لأن بناء ها على السماع و العرف قال ابن بطالؒ: لم يختلف العلماء فيمن قال: كسوتك هذا الثوب مدة معينة إن له شرطه و إن لم يذكر أجلا فهو هبة و قد قال تعالى: "فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم" و لم تختلف الأمة أن ذلك تمليك للطعام و الكسوة انتهى من فتح البارى أيضا فثبت أن قول الحنيفة فى هذا الباب هو قول جمهور العلماء لم يختلفوا فى ذلك.

مؤداة و لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال و العارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن

مؤادة) هذا الحديث أخرجه (١) أبو داود رحمه الله تعالى عن اسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا امامة رضى الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث إلى أن قال العارية مؤداة و المنحة مردودة و قال الترمذي رحمه الله تعالى حديث حسن و أخرجه (٢) ابن حبان رحمه الله تعالى في صحيحه عن الجراح بن مليح النهراني ثنا حاتم بن حريث الطائي سمعت أبا أمامة رضى الله تعالى عنه يقول قال رسول الله ﷺ العارية مؤداة و المنحة مردودة و أخرجه الطبراني رحمه الله تعالى في معجمه و روى (٣) هذا الحديث أيضاً عن عبدالله بن عمر و عبد الله بن عباس و انس رضى الله تعالى عنهم أما حديث عبد الله بن عمر رضى الله تعالى فأخرجه البزارّ في مسنده حدثنا عبيد الله بن عمر عن زيد بن اسلم عن ابن عمر رضى الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ العارية مؤداة و أما حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فأخرجه ابن عديّ في الكامل عن اسماعيل ابن أبي زياد السكوني قاضي الموصل ثنا سفيان الثوري عن سالم الافطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال الزعيم غارم و الدين مقضي و العارية مؤداة و المنحة مردودة و أعله باسماعيل هذا و قال إنه منكر الحديث و عامة ما يرويه لا يتابع عليه و أما حديث أنس رضى الله تعالى عنه فأخرجه الطبراني رحمه الله تعالى في مسند الشاميين و قد ذكرناه في الكفالة قوله المنحة بكسر الميم و سكون النون و قد فسرناها عن قريب قوله مردودة أي يجب ردها وجه الاستدلال به ظاهر و فيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة و فيه زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الرد (و لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض) لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض (فصح الرجوع عنه) أى عما لم يوجد لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود (قال) أى القدوريّ (و العارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن) و في بعض النسخ لم يضمنها و قيد بقوله من غير تعد لأن هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف و لو شرط الضمان في العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة

(١)أخرجه ابوداود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى تضمين العارية ص١٤٦ ج٢ و الترمذى رحمه الله تعالى فيه باب ما جآء أن العارية مؤداة ص١٥٢ ج١ . (٢)أخرجه ابن حبان رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية ص١١٨ ج٤ . (٣)روى هذا الحديث الخ كذا فى نصب الراية.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه و الاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء ه و لهذا كان واجب الرد و صار كالمقبوض علي سوم الشراء

و قال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك فإن ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن و نقله عن المنتقى و قال الكاكي رحمه الله تعالى و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى قلت في مذهبه تفصيل حيث قال يضمن فيما يخفى هلاكه و لا يضمن فيما لا يخفى قال الكاكي رحمه الله تعالى ايضاً و هو يعني عدم الضمان قول علي و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما و الحسن و النخعي و الشعبي و الثوري و عمر بن عبد العزيز و شريح و الأوزاعي وابن شبرمة و ابراهيم رحمهم الله تعالى و قضى شريح بذلك ثمانين سنة بالكوفة و روى (١) عبد الرزاق في مصنفه عن اسرائيل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية عن علي رضي الله تعالى عنه ليست العارية مضمونة إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن و روى (٢) أيضا عن قيس بن الربيع عن الحجاج عن هلال عن عبد الله بن عكيم الجهنى قال قال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه العارية بمنزلة الوديعة و لا ضمان فيها إلا أن يتعدى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه) احترز به عن الوديعة لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه (لا عن استحقاق) أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه و احترز به عن الاجارة فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه (فيضمنه) أى إذا كان كذلك يضمن العارية و تذكير الضمير باعتبار المذكور (و الإذن ثبت ضرورة الانتفاع) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال قبض بإذنه و مثله لا يوجب الضمان و تحرير الجواب أن الإذن ثبت ضرورة الانتفاع و الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها و الضرورة حالة الاستعمال فإن هلكت فيها فلا ضمان و إن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه و راء الضرورة و هو معني قوله (فلا يظهر فيما وراء ه) أى فلا يظهر الإذن فيما وراء الضرورة و تذكير الضمير باعتبارالمذكور (و لهذا) أى و لكون الإذن ضرورياً (كان واجب الرد) أراد أن مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب (و صار كالمقبوض علي سوم الشراء) فإنه و إن كان بإذن لكن لماكان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا و بقوله (٣) قال أحمد رحمه الله تعالي و هو قول ابن عباس

(١)روى عبد الرزاقؒ في البيوع باب العارية ص١٧٩ ج٨.(٢)روى أى عبد الرزاقؒ في الباب المذكور آنفا.
(٣)و بقوله قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغنى لابن قدامة الحنبليؒ ص٣٥٥ ج٥.

و لنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها و القبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه و الاذن و إن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للإنتفاع فلم يقع تعدياً و إنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض و المقبوض على سوم الشراء

و أبي هريرة رضي الله تعالى عنهما و عطاء و إسحاق رحمهما الله تعالى و قال قتادة و عبد الله بن الحسن العنبري رحمهما الله تعالى عنهما إن شرط ضمانها ضمن و إلالا و قال ربيعة كل العواري مضمونة وفي الروضة إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أو بغيرها أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير هذا هو المشهور وحكي قول انها لا تضمن إلا بالتعدى وهو ضعيف و لو أعار بشرط أن تكون امانة لغا الشرط وكانت مضمونة و في حاوي (١) الحنابلة إن شرط نفي ضمانها سقط الضمان (ولنا أن اللفظ لا ينبيء عن التزام الضمان) لأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن و ليس شيء من ذلك بموجب له أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبيء عن التزام الضمان (لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها) أي أو لإباحة المنافع على اختلاف القولين و ما وضع لتملك المنافع أو لإباحتها لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه (و القبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه) و إنما يوجب القبض الضمان إذا وقع تعدياً (و الإذن و إن ثبت لأجل الانتفاع) هذا جواب عن قوله و الأذن ثبت ضرورة الانتفاع و تقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع (فهوما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً) فلا ضمان بدونه (و إنما وجب الرد مؤنة) هذا جواب عن قوله و لهذا كان واجب الرد و تقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه واجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير (كنفقة المستعارفإنها على المستعير لا لنقض القبض) ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان (و المقبوض على سوم الشراء) هذا جواب عن قوله و صار كالمقبوض على

---

(١)و فى حاوى الحنابلة الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص٣٥٦ ج٥: و إن شرط نفى الضمان لم يسقط و بهذا قال الشافعي رحمه الله تعالى و قال ابو حفص العكبرى يسقط قال أبو الخطاب أو مأ إليه احمد رحمه الله تعالى و هو قول قتادة و العنبرى رحمهما الله تعالى و قيل بل مذهب قتادة و العنبرى رحمهما الله تعالى أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب وإذا انتفع بها و ردها على صفتها فلا شئ عليه و إن تلف شئ من أجزائها التى لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها و أما أجزاؤها التى تذهب بالاستعمال كجمل المنشفة و القطيفة و خف الثوب بلبسه ففيه وجهان أحدهما يجب ضمانها و الثانى لا يضمنها و هو قول الشافعى رحمه الله تعالى اه ملخصا.

مضمون بالعقد لأن الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه

سوم الشراء و تقريره أنه ليس بمضمون بالقبص بل بالعقد و هو معنى قوله و المقبوض على سوم الشراء (مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد) فصار كالمأخوذ بالعقد و هو يوجب الضمان فإن (١) قيل سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد و لكن لا عقد ههنا أجيب بأن العقد و إن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقريراً صيانة لأموال الناس عن الضياع إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً و لأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه فأقيمت مقام الحقيقة نظراً له إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا و إنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة و إذا لم يوجد صير إلى الأصل (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف و قيل كتاب الإجارات من المبسوط و قال الحاكم في كافيه رجل استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه لأنه هلك من عمل مأذون فيه فيصير مأذونا فيه ضرورة و في فتاوى الولوالجي رجل دخل الحمام و استعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه و كذا إذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط و انكسر فلا ضمان عليه لأنه عارية في يده فان قلت ما تقول في قوله عليه الصلاة و السلام بل عارية مضمونة و قد مر في اول الكتاب(٢) بتمامه و قوله عليه الصلاة و السلام أد الامانة إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك أخرجه (٣) الترمذي رحمه الله تعالى عن شريك وقيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الحديث و قوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه أخرجه (٤) البيهقي رحمه الله تعالى من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة عنه عليه الصلاة و السلام قال قتادة ثم إن الحسن رحمه الله تعالى نسي حديثه فقال هو أمينك لا ضمان عليه قلت الحديث الأول فيه اضطراب سنداً ومتناً و جميع وجوهه لا يخلو عن نظر و لهذا قال صاحب التمهيد الإضطراب فيه كثير و لا حجة فيه عندي في تضمين العارية ثم على تقدير صحة قوله مضمونة المراد مردودة أى مضمونة الرد عليك بدليل قوله حتى تؤديها إليك و يحتمل أن يريد اشتراط الضمان و العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية للحنفية و

(١)فان قيل الخ كذا فى العناية. (٢)الكتاب أى كتاب الوديعة ص٤٦٥ ج١٢. (٣)أخرجه الترمذى رحمه الله تعالى فى البيوع فى باب قبل باب ما جآء أن العارية مؤداة ص١٥٢ ج١ و قال هذا حديث حسن غريب. (٤)أخرجه البيهقى رحمه الله تعالى فى العارية باب العارية مضمونة ص٩٠ ج٦ و ابوداود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى تضمين العارية ص١٤٥ ج٢ والنسائى رحمه الله تعالى فى الكبرى فى كتاب العارية ص٤١١ ج٣.

قال و ليس للمستعير

أخرج ابو داود رحمه الله تعالى (١) و النسائي رحمه الله تعالى عنه عن يعلى بن امية رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً و ثلاثين بعيرا قال قلت يا رسول الله ﷺ أعارية مضمونة أو عارية مؤداة قال بل عارية مؤداة قال ابن حزمؒ هذا حديث حسن ليس في شيء مما روى في العارية خبر صحيح غيره و أما ما سواه فلا يساوى الاشتغال به و قد فرق فيه بين الضمان و الاداء و قيل إنما قال عليه الصلاة و السلام بل عارية مضمونة لأنه عليه الصلاة و السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله أغصباً إلا انه عليه الصلاة و السلام كان محتاجاً إلى السلاح فكان الأخذ له حلالاً و لكن بشرط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان و قال الاترازيؒ و قيل كان هذا اشتراط الضمان على نفسه و به أخذ قتادةؒ و عندنا المستعيرلا يضمن بالشرط ايضاً و لكن صفوان كان يومئذ حربياً و يجوز بين المسلم و الحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين و قد تقدم الآن أن العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية و أخرج (٢) عبد الرزاقؒ في مصنفه عن معمر عن بعض بني صفوان بن أمية قال استعار النبي ﷺ من صفوان عاريتين إحداهما بضمان و الأخرى بغير ضمان والحديث الثاني قال ابن القطانؒ والمانع من تصحيحه أن شريكاً و قيس بن الربيع مختلف فيهما ولم يحكم الترمذي رحمه الله تعالى أيضاً بصحته و لئن سلمنا انه صحيح فهو يقتضي وجوب رد العين و لا كلام فيه و الحديث الثالث رواه الحسنؒ عن سمرة رضى الله تعالى عنه و الحسنؒ لم يسمع منه و قيل لم يسمع منه غير حديث العقيقة و اكثر أهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه و أيضاً الأداء فرض و لا يلزم منه الضمان و لو لزم من هذا اللفظ الضمان للزم أن يضمنوا الرهون و الودائع لأنها مما قبضت اليد و إذا لم يدل الحديث على الضمان فلم يخالفه الحسن و لم ينسه أيضاً و قال البيهقي رحمه الله تعالى في باب ما روى فيمن قتل عبده أو مثل به بعد ذكر حديث الحسنؒ عن سمرة رضى الله تعالى عنه من قتل عبده قتلناه قال قتادة رحمه الله تعالى ثم ان الحسنؒ نسي الحديث قال لا يقتل حر بعبد يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث لكن رغب عنه لضعفه و هذه العلة موجودة في الحديث المتقدم ايضاً فافهم (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و ليس (٣) للمستعير

(١)أخرج ابوداود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى تضمين العارية ص١٤٨ ج٢ و النسائى رحمه الله تعالى فى الكبرى فى كتاب العارية باب تضمين العارية ص٤٠٩ ج٣. (٢)أخرج عبد الرزاقؒ فى البيوع باب العارية ص١٨٠ ج٨. (٣) و ليس للمستعير أن يواجر ما استعاره و لانعلم فى هذا خلافا كذا فى المغنى ص ٣٦١ ج٥.

أن يؤاجر ما استعاره فإن آجره فعطب ضمن لأن الإعارة دون الاجارة و الشيء لا يتضمن ما هو فوقه و لأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير و في وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه فإن آجره ضمنه حين سلمه لأنه إذا لم يتناوله العارية كان غصباً و إن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير

أن يؤاجر ما استعاره فإن آجره فعطب) أى هلك (ضمن لأن الإعارة دون الإجارة) لأن الإجارة عنده لازم دون الإعارة (و الشئ لا يتضمن ما هو فوقه) أى لا يستتبع ما هو فوقه لأن القوي لا يجعل تابعاً للضعيف و قال الحاكمّ في كافيه إذا استعار الرجل من الرجل على ان يذهب بها حيث شاء و لم يسم مكاناً و لا وقتاً و لا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهراً يحمل عليها أو يؤاجرها قال لا ضمان عليه في شئ من ذلك إلا في الإجارة خاصة فإنه حيث آجرها صار ضامناً و يتصدق بالغلة لأنه أمره بالانتفاع مطلقا و المطلق يتناول أىّ انتفاع شاء و اليه التعيين بفعله إن شاء إستعملها في الركوب أو في الحمل عليها و أيّ ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك لأن المطلق إذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقاً بعد ذلك و لا يملك الإجارة أصلا لأنها عقد لازم و العارية عقد جائز و بناء اللازم على الجائز لا يجوز و قال الاسبيجابىّ في شرح الكافي و قد قال بعض اصحابنا بأنه يملك الإجارة و تنعقد جائزة لا لازمة ثم قال و الصحيح أنه لا تنعقد الإجارة (و لأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً) تعليل ثان و يمكن أن يكون جوابا لشبهة ذكرها السائل و هو ينبغي أن يملك المستعير الإجارة لأنه مالك للمنفعة و لا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذراً في نقض الإجارة فأجاب عنها بقوله و لأنا لو صححناه أى لو صححنا عقد إجارة المستعير لا يصح إلا لازماً لأنه لا يصح أن يكون غير لازم لأنه خلاف مقتضى الإجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع فهذا لا سبيل إليه و كذا لا سبيل إلى كونه لازماً (لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير) لأن اللزوم لا يكتسب إلامنه فيكون من مقتضيات عقد العارية (و في وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى إنقضاء مدة الإجارة) لعدم قدرته على الاسترداد إلى انقضاء مدة الاجارة فحينئذ يكون عقد الإعارة عقداً لازماً و هو أيضاً خلاف المشروع (فأبطلناه) أى عقد الإجارة (فإن آجره ضمنه) أى ضمن المعير ما آجره (حين سلمه) أى المستأجر (لأنه) أى لأن عقد الإجارة (إذا لم يتناوله العارية كان غصباً) و حكم الغصب الضمان (و إن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه) أى لأن المستاجر (قبضه بغير

إذن المالك لنفسه ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه و إن ضمن المستأجر يرجع على المواجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم قال و له أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله تعالى ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل و المباح له لا يملك الاباحة و هذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة و إنما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة و قد اندفعت بالاباحة ههنا و نحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصي له بالخدمة و المنافع اعتبرت قابلة للملك في

إذن المالك لنفسه) اللام في لنفسه تتعلق بقبضه (ثم إن ضمن المستعير) أى إن ضمن المعير المستعير (لا يرجع) أى المستعير (على المستأجر لأنه ظهر أنه) أى المستعير (آجر ملك نفسه) لأنه ملكه بالضمان (و إن ضمن المستأجر يرجع) أى إن ضمن المعير المستأجر يرجع المستأجر (على المواجر) و هو المستعير (إذا لم يعلم) أى المستاجر (أنه كان عارية في يده) أى يد المواجر وهو المستعير (دفعاً لضرر الغرور) أى عن المستأجر لأن هذا الغرور في ضمن العقد (بخلاف ما إذا علم) أي المستأجر بكونها عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه لأنه لم يوجد منه الغرور و قالت الثلاثة لا يرجع مطلقاً لأنه غاصب ثان فيضمن بفعله (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و له) أى للمستعير (أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل) كالحمل و الاستخدام و السكني و الزراعة كذا ذكر في نظائر التمرتاشي و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و في مختصر الأسرار يجوز للمستعير أن يعير و إن شرطا أن لا يعير إلا أن يكون مما يختلف بالاستعمال (و قال الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ان يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل) يعني في عنفوان كتاب العارية (و المباح له لا يملك الإباحة و هذا) أى كون الإعارة إباحة (لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة و إنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة) أى ضرورة دفع حاجة الناس (و قد اندفعت) أى الضرورة (بالإباحة ههنا) أى في الإعارة فاذا اندفعت الضرورة بالإباحة لا يصار إلى التمليك و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى (و نحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا) يعني في عنفوان كتاب العارية(فيملك الإعارة) يعني إذا كانت الإعارة تمليكاً للمنافع يملك المستعير حينئذ الإعارة لأن الشيء يتضمن مثله (كالموصى له بالخدمة) أى بخدمة عبد مثلاً يجوز له ان يعير لتملكه المنفعة (و المنافع اعتبرت قابلة للملك في

---

(١)و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا في المغنى ص ٣٦١ ج٥.

الإجارة فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة و إنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال و هذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت و الإنتفاع فللمستعير فيه أن ينتفع به أيّ نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق و الثاني أن تكون مقيدة فيهما فليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خير منه

الإجارة) هذا جواب عن قوله و المنافع غير قابلة للملك و تقريره انا لانسلم أنها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الإجارة (فتجعل كذلك) أى فتجعل المنافع ايضاً قابلة للملك (في الإعارة دفعاً للحاجة) أى لحاجة الناس(و إنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل) جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال لو كانت العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل و بين ما لا يختلف و تقرير الجواب انه انما لا يجوز إعارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل (دفعاً لمزيد الضرر عن المعير لأنه) أى المعير (رضي باستعماله) أى باستعمال المستعير (لا باستعمال غيره قال) أى المصنفّ (و هذا) أى ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير (إذا صدرت الإعارة مطلقة) أى عن الوقت و الانتفاع (و هى) أى الإعارة (على اربعة أوجه) و هي قسمة عقلية و إنحصارهما على الأربعة ضرورية لأن الشيئين و هما الاطلاق و التقييد دارا في الشيئين و هما الوقت و الانتفاع فكانت اربعة لا محالة (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت و الانتفاع فللمستعير فيه) أى في هذا الوجه (أن ينتفع به أى نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق و الثاني أن تكون) أى العارية (مقيدة فيهما) أى في الوقت و الانتفاع بأن قيدها بيوم و نص على نوع منفعة (فليس له) أى للمستعير (أن يجاوز فيه ما سماه) أى من الوقت و الانتفاع (عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة أخرى (أو خير منه) أى أو كان خلافاً إلى خير منه بأن قال عشرة اقفزة من الحنطة فحمل عليها عشرة أقفزة من شعير لا يضمن استحساناً وفي القياس يضمن لأنه مخالف وجه (١) الإستحسان انه لافائدة للمالك في تعيين

---

(١)وجه الاستحسان الخ أقول لقائل أن يقول ماذكروا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع أن ما ذكروا في وجه هذا الاستحسان ههنا جار هناك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا فتأمل كذا في النتائج.

و الحنطة مثل الحنطة و الثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة و الرابع عكسه و ليس له أن يتعدى ما سماه فلو استعار دابة و لم يسم شيئاً له أن يحمل و يعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت و له أن يركب و يركب غيره و إن كان الركوب مختلفاً لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه و لو أركب غيره ليس له أن يركبه

الحنطة إذ مقصودة دفع زيادة الضرر عن دابته و مثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة و التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً (و الحنطة مثل الحنطة) أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة حنطة المستعير او غيره فالحنطة جنس واحد سواء كانت للمستعير أو غيره عينها المعير او لم يعينها (و الثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع و الرابع عكسه) أى عكس الثالث و هو ان تكون مطلقة في حق الوقت و مقيدة فى حق الانتفاع (و ليس له أن يتعدى ما سماه) أى ليس للمستعير ان يتعدى ماعينه المعير في الوجهين الأخيرين ثم فرع عليه بالفاء التفريعية بقوله (فلو (١) استعار دابة و لم يسم شيئاً له) أى للمستعير (ان يحمل و يعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت و له) أى للمستعير (أن يركب و يركب غيره و ان كان الركوب مختلفاً) لأن الناس يتفاوتون في الركوب (لأنه لما اطلق فيه فله) أى للمستعير (أن يعين) أى الإطلاق (حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه) و في بعض النسخ ليس له أن يركبه غيره أن ليس للمستعير ان يركب الدابة غيره و التذكير يكون على تأويل الحيوان أو الحمار أو الفرس أو البغل (و لو أركب غيره ليس له ان يركبه) أى بنفسه و تذكير الضمير بالتأويل الذي ذكرناه الآن ثم ذكر في الكتاب أن المستعير يملك الاعارة و لا يملك الاجارة ولم يذكر انه هل يملك الايداع فهذا وقد اختلف (٢) المشايخ فيه قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه أبو الليث

---

(١)فلو استعار دابة الخ و فى البحر عن المحيط: إذا استعار دابة ليركبها فركبها و أركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها اه و فى المنحة على البحر: قوله: (ضمن نصف قيمتها) معناه أنهما ركباها معاً لأن سبب العطب ركوبهما معاً و أحدهما مأذون فيه فلهذا ضمن النصف حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل هذا ما ظهر لى و لم أر من نبه عليه ابو السعود يعنى أركب غيره بعد ماركب هو لأن له أن يعير ما اختلف استعماله إن لم يعين منتفعا اه و فى الخانية: إذا استعار دابة إلى موضع كذا كان له أن يذهب عليها و يجيء و إن لم يسم له موضعا ليس له أن يخرج بها من المصر اه. (٢)اختلف المشايخ الخ و فى البحر: و له أى للمستعير أن يودع على المفتى به و هو المختار و صحح بعضهم عدمه اه و فى البتيين: قال ظهير الدين المرغينانى و الفتوى على الجواز وقال الباقلانى و القول بعدم الجواز أصح اه.

حتى لو فعله ضمن لأنه تعين الإركاب قال و عارية الدراهم و الدنانير و المكيل و الموزون و المعدود قرض

و الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري والصدر الأجل برهان الائمة و الد الصدر الشهيد قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير و اليه اشار محمد رحمه الله تعالى في آخر كتاب العارية فانه قال المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنها ملكه فهو خصم و إذا قال الذي في يده قد أودعنيها فلان الذي أعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على ان للمستعير ان يودع و عليه الفتوى و قال الاترازي هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتاب العارية من الأصل و في الكافي و قال بعضهم لا يودع قصداً و كان الكرخي يقول لا يجوز أن يودع و استدل بمسألة ذكرها في الجامع الصغير و هي ان المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية و ليس ذلك إلا ايداعا منه كذا في شرح الطحاوي (حتى لو فعله ضمن لأنه تعين الاركاب) يعني لو ركبه بنفسه بعد أن أركب غيره ضمنه و هو الصحيح و هو اختيار فخر الاسلام و قال غيره له أن يركب بعد الاركاب و يركب بعد الركوب و لا يضمن شيئاً لأنه يملك الاعارة و هو اختيار شمس الائمة السرخسي و شيخ الاسلام خواهر زادة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و عارية الداراهم والدنانير و المكيل و الموزون و المعدود قرض) (١) يعني بمنزلة قوله أقرضتك قال الكاكي ولا نعلم فيه خلافا إلا مانقل عن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى أن هذه إعارة فاسدة ففي وجه يضمن كمافي الصحيحة و فى وجه لا يضمن لأنه إعارة فاسدة ذكره في شرح (٢) الوجيز قلت ذكر في الروضة لا يجوز اعارة الطعام قطعاً و لا الدراهم و الدنانير على الأصح و قال الإمام و يجرى الوجهان في إعارة الحنطة و الشعير و نحوهما و قال المتولي هذا إذا أطلق إعارة الدراهم أما إذا صرح بالإعارة للتزين ينبغي أن يقطع بالصحة و في الجواهر للمالكية و لو استعيرت الدراهم و الدنانير لتبقى أعيانها كالصيرفي يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع و المشتري أو الرجل يكون عليه دين و يقل ما في يديه فيستعيرها لذلك فهذا يضمن إذا لم يقم البينة على تلفها و لا يضمن مع الشهادة على ذهابها و في المغنى قال أبو بكر البلخي قال اعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فأكلها فعليه مثلها أو قيمتها لما أن إعارة ما لا ينتفع به إلا بهلاكه قرض قال ابو الليث الجواب

---

(١) قرض أى إقراض لأن العارية بمعنى الاعارة و هى التمليك و تمامه فى العزمية استعار رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها فى بنائه فهو ضامن لأنه قرض إلا إذا قال لأردها عليك فهى عارية تاترخانية كذا فى الشامية.

(٢) شرح الوجيز ص ٣٧١ ج٥.

لأن الإعارة تمليك المنافع و لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة و ذلك بالهبة أو القرض و القرض أدناهما فيثبت أو لأن من قضية الاعارة الانتفاع و رد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا إذا أطلق الإعارة أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعير (١) بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم تكن قرضاً و لا يكون له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً محلى يتقلدها قال و إذا استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز و للمعير أن يرجع فيها و يكلفه قلع البناء و الغرس

هكذا اذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحة و قوله و المكيل يتناول كل مكيل و الموزون يتناول كل موزون و المعدود يتناول كل معدود و قال الحاكم في كافيه و عارية الدراهم و الدنانير و الفلوس قرض و كذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عددا مثل الجوز و البيض انتهى و في الغاية و كذلك الاقطان و الصوف و الإبريسم و المسك و الكافور و سائر متاع العطر و الصنادلة التى لا يقع عليها الإجارة على منافعها فهي قرض كذلك (لأن الإعارة تمليك المنافع و لا يمكن الانتفاع بها) أي بالأشياء المذكورة (إلا باستهلاك عينها فاقتضى) أى تمليك المنافع (تمليك العين ضرورة و ذلك) أي تمليك العين (بالهبة أو القرض و القرض ادناهما) يعني ضرراً على المعطى لأنه يوجب رد المثل و الهبة لا توجبه (فيثبت) أي الادنى لأنه الثابت يقيناً (أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع) أي انتفاع المستعير (و رد العين) أي إلى المعير و قد عجز عن رده للاستهلاك (فأقيم رد المثل مقامه) أي مقام رد العين (قالوا) أي المشايخ (هذا) أى كونه قرضا (إذا أطلق الإعارة أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعاير بها ميزاناً) من عايرت المكاييل أو الموازين إذا قايستها و العيار المعيار الذي يقاس به غيره و يسوى و في بعض النسخ ليعير بها و هذا خطأ و الصواب ليعاير قال (٢) الجوهري عايروا بين مكاييلكم و موازينكم وهو فاعلوا من العيار و لا تقل عيروا (أو يزين بها) أى بالدراهم و الدنانير (دكاناً لم تكن قرضاً و لا يكون له إلا المنفعة المسماة و صار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً محلى يتقلدها) أو منطقة مفضضة أو خاتماً و نحو ذلك و كل ذلك لا يكون قرضاً لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقائها ممكن فصار نظير سائر العواري (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا استعار ارضاً ليبنى فيها أو ليغرس جاز و للمعير أن يرجع فيها و يكلفه) أي يكلف المستعير (قلع البناء و الغرس) بفتح الغين و كسرها كذا في المغرب (٣)

---

(١) ليعير –ن– ليعاير. (٢) قال الجوهري في الصحاح مادة عير ص ٧٦٤ ج٢. (٣) المغرب مادة غرس ص١٠١ ج٢.

أما الرجوع فلما بينا و أما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة و إذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد و إن كان وقت العارية و رجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا و لكنه يكره لما فيه من خلف الوعد و ضمن المعير ما نقص البناء و الغرس

(أما الرجوع فلما بينا) يعني عند قوله و للمعير ان يرجع فى العارية متى شاء (و أما الجواز فلأنها) أى فلأن هذه المنفعة (منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالاعارة) دفعاً للحاجة (و إذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلا أرض المعير فيكلف) أى المستعير (تفريغها) أى تفريغ الأرض (ثم إن لم يكن) أي المعير (وقت العارية فلا ضمان عليه) أى على المعير (لأن المستعير مغتر غير مغرور) يعني من جانب المغير (حيث اعتمد) أى المستعير (إطلاق العقد) وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة (من غير أن يسبق منه) أي من المعير (الوعد و إن كان) أي المعير (وقت العارية و رجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا) من أنه له الرجوع متى شاء و عند مالك رحمه الله تعالى ليس له الرجوع قبل مضي المدة و في الجواهر متى كانت العارية إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة إلى موضع كذا أو العبد ليبني بناء أو ليخيط له ثوباً فهي له لازمة كهبة الرقاب فان لم يضرب اجلاً و لا كان لها مدة انقضاء فهي لازمة أيضاً بالقول و القبول و ليس له الرجوع فيها و يلزمه إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استيفائها (و لكنه يكره لما فيه من خلف الوعد) أي لما في الرجوع في الموقت من خلف الوعد و هي شعبة من النفاق (و ضمن المعير ما نقص البناء و الغرس) أي نقصان البناء و الغرس فكلمة ما مصدرية و يجوز أن تكون موصولة بمعني الذى فعلى (١) هذا يكون البناء و الغرس منصوبين على المفعولية و على الأول

---

(١) فعلى هذا الخ كذا فى الغاية أقول لا يظهر وجه صحته لكون البناء و الغرس منصوبين ههنا لأن الذى نقص البناء و الغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء و الغرس و ضمن المعير قلع البناء و الغرس و ليس هذا بصحيح لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان و إنما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع و يمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع إذ يصير المعنى حينئذ و ضمن المعير القلع بالقلع و لا يخفى ما فيه فالوجه عندى ههنا رفع البناء و الغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح و أما على تقدير كونها موصولة فبتقدير الضمير الراجع إليها على أن يكون تقدير الكلام و ضمن المعير ما نقص البناء و الغرس فيه بالقلع و هو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص فى دينه و عقله كما ذكر فى القاموس كذا قاله قاضى زادهٌ فى النتائج.

بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر و ذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه و بنائه و يكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما و لا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل و المستعير صاحب تبع و الترجيح بالأصل

يكونان مرفوعين على الفاعلية و الغرس بكسر الغين و روى بالفتح على إرادة المغروس (بالقلع) أى بسبب القلع و وجهه أن ينظر كم تكون قيمة البناء و الغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا و إذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما و قال زفر رحمه الله تعالى لا يضمن لأن التوقيت و الاطلاق سواء لبطلان الأجل في العواري و دليلنا هو قوله (لأنه مغرور من جهته) أي لأن المستعير مغرور من جهة المعير (حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه كذا ذكره (١) القدوري في المختصر) حيث قال و إن وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعير ما نقص البناء و الغرس بالقلع فإن قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد الماوضة و الاعارة ليست كذلك أجيب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء و الغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى و تقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنفسك على أن أتركها في يدك الى مدة كذا فان لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حاله و ذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن و حيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذكر الوقت و ذلك ما قلنا (و ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى) و هو ابن الفضل محمد بن احمد السلمي المروزي صاحب التصانيف كالكافي و المنتقى و غير ذلك استشهد في ربيع الآخر سنة أربع و ثلاثين و مائتين (انه) أى أن الشأن (يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه و بنائه و يكونان) أي الغرس و البناء (له) أى لرب الأرض (الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما و لا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه) أي لأن كل واحد من الغرس و البناء ملك المستعير (قالوا) أى المشايخ و المتأخرون (إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل و المستعير صاحب تبع) و هو الغرس أو البناء (و الترجيح بالأصل) أى يكون بالأصل و مذهب

---

(١) كذا ذكره القدوري أقول ما ذكره القدوري مشى عليه فى الكنز و اختاره فى تنوير الابصار و قدمه فى المجمع و درر البحار و المواهب و الملتقى و بعضهم جزم به و عبر عن غيره بقيل هذا ملخص ما فى رد المحتار.

و لو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت لأن له نهاية معلومة و في الترك بالأجر مراعاة الحقين

الشافعي رحمه الله تعالى في هذا ذكره في الروضة أن إعارة الأرض للبناء و الغرس نوعان مطلقة و مقيدة ففي المطلقة للمستعير أن يبني و يغرس ما لم يرجع المعير فان رجع لم يكن له البناء و الغرس و لو فعل و هو عالم بالرجوع قلع مجاناً و كلف تسوية الأرض كالغاصب و إن كان جاهلاً فوجهان و أما ما بنى و غرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله رفع و إلا فينظر إن شرط عليه القلع مجاناً عند رجوعه و تسوية الحفر لزمه فان امتنع قلعه المعير مجاناً و إن شرط القلع دون التسوية لم تلزمه التسوية و إن لم يشرط القلع نظر إن أراده المستعير مكن منه و يلزمه تسوية الحفر على الأصح و إن لم يرده لم يكن للمعير قلعه مجاناً و لكن يتخير المعير بين ثلاث خصال أن يبقيه بأجرة يأخذها و أن يلقع ويغرم ارش النقص و هو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً و مقلوعاً و أن يتملكه بقيمته و في المقيدة للمستعير البناء و الغرس إلا أن يرجع المعير و له أن يحدد كل يوم غرساً و بعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء و الغرس و إذا رجع المعير قبل المدة أو بعدها فالحكم كما لو رجع في الأول لكن هنا وجه أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة و قوله إنه اذا رجع بعد المدة فله القلع مجاناً قاله الساجي و المذهب الأول و مذهب أحمد رحمه الله تعالى ما ذكره في حاويهم و إن أعار ارضاً لغرس أو بناء مطلقاً أو إلى مدة فرجع و قد شرطا القلع متى رجع أو عند انقضاء المدة ففرغت لزمه القلع و لم يلزم المعير النقص و لا المستعير تسوية الأرض إلا بشرط و إن لم يشترطا قلعه فللمعير أخذه بقيمته أو قلعه و ضمان نقصه فان قلع فللمستعير التسوية و إن أبيا ذلك فالبيع بقى مجاناً (و لو استعارها) أي الأرض (ليزرعها لم تؤخذ (١) منه حتى يحصد الزرع) قال الأترازي قيل ينبغي أن يروى على بناء المفعول من الثلاثي المجرد و الأصح ان يروى بكسر الصاد من الاحصاد يقال احصد الزرع إذا حان حصاده قلت كلاهما يجوز و الاولى الأول للكثرة و قلة الباب الثاني فافهم (وقت) أى المعير (أو لم يوقت) أراد أن الأرض تترك في يده بطريق الاجارة بأجر المثل سواء عين المعير مدة أولا و التوقيت هو تعيين الوقت (لأن له) أي للزرع (نهاية معلومة و في الترك بالأجر مراعاة (٢) الحقين) أي حق المعير

(١)لم تؤخذ منه الخ هذا استحسان و القياس فى ذلك مثل الغرس و البناء كذا فى التبيين مع الهامش. (٢)مراعاة الحقين و فى البحر: فان قال رب الأرض أعطيك البذر و نفقتك و أخرجك و يكون ما زرعت لى و رضى به المزارع فان كان لم يطلع من الزرع شئ لا يجوز لأن المزارع يصير بائعا للزرع و بيع الزرع قبل النبات لا يجوز و بعد =>

بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك قال و أجرة رد العارية على المستعير لأن الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه و الأجرة مؤنة الرد فتكون عليه و أجرة رد العين المستأجرة على المواجر لأن الواجب على

و المستعير كما في الاجارة إذا انقضت المدة و الزرع لم يدرك بعد فانه يترك الأرض في يده بالأجر مراعاة للجانبين كذا هنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و مالك و احمد رحمهما الله تعالى في وجه و عن أحمد رحمه الله تعالى إن كان مما يحصد قصيلا فله الرجوع فى وقت امكان حصاده لعدم الضرر فيه ثم إذا أحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر و قال أبو اسحاق الحافظ إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا آجر الأرض منه أو القاضي بعد مضي المدة و بدون ذلك فلا يجب الأجر و في أكثر الروايات لم يشترط ذلك و قد قيل يقتضي تعليل المصنف بقوله لأن له نهاية معلومة أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقتة لأن له نهاية معلومة و لأن الوقت منصوص عليه هنا و في الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة و النص أقوى من الثابت دلالة (بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك) لأن في إبقائه ضرراً له و الضرر مدفوع (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و أجرة (١) رد العارية على المستعير لأن الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه و الأجرة مؤنة الرد فتكون عليه) لأن الغرم بالغنم و هذا لا خلاف فيه (و أجرة (٢) رد العين المستأجرة على المواجر لأن الواجب على

=> ما خرج فيه كلام و أشار المؤلف اى مؤلف الكنز فى المغنى إلى الجواز (و هو المختار كما فى الغياثية) كذا فى النهاية و لو بنى حائطا فى الدار المستعارة استرد المعير الدار فاذا اراد المستعير أن يرجع عليه بما أنفق ليس له ذلك و ليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب صاحب الأرض كذا فى الخلاصة و فى المحيط: لو استعار أرضا ليبنى و يسكن و إذا خرج فالبناء لرب الأرض فلرب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى و البناء للمستعير لأن هذه إجارة معنى لأن الاعارة تمليك المنافع بغير عوض و لما شرط البناء له كانت إجارة فاسدة لجهالة المدة و الأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه. (١)و أجرة رد العارية الخ و فى البحر: و يستثنى من إطلاقهم ما ذكره قاضيخان فى فتاواه فى فصل من يرهن مال الغير: رجل أعار شيئا له حمل و مؤنة ليرهنه فرهنه قالوا إن رد العارية يكون على المعير و فرق بينها و بين غيرها من العوارى فى غير هذا يكون الرد على المستعير لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة في يد المرتهن و للمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الاجارة اه. فقد حصل الفرق بين العارية للرهن و غيرها من وجهين: الأول ما ذكرناه أن المستعير للرهن لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان بخلاف غيره الثانى ما ذكرناه هنا و يدخل فى السمتعير الموصى له بالخدمة فان مؤنة رد العبد عليه كما فى المستعير كذا فى النهاية. (٢)و أجرة رد العين المستأجرة الخ فاذا أمسكها المستأجر بعد مضى المدة لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد و فى الفصل السادس من إجارة الفتاوى البزازية قال =>

المستأجر التمكين و التخلية دون الرد فإن منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده و أجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لأن الواجب عليه الرد و الإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال و إذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن و هذا استحسان و في القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار و لو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده و إن استعار عبداً فرده إلى دار المالك و لم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا و لو رد المغصوب أو الوديعة

المستأجر التمكين و التخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى) لأنه سلم له ما شرط له من أجرة العين (فلا يكون عليه) أى على المستأجر (مؤنة رده) لما ذكرنا من أن الغرم بالغنم (و أجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لأن الواجب عليه الرد و الإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه فيكون مؤنته) أى مؤنة الرد (عليه) أى على الغاصب لقوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد و لا خلاف فيه (قال) أى القدوريّ (و إذا استعار دابة فردها إلى اصطبل (١) مالكها فهلكت لم يضمن و هذا) أى عدم الضمان (استحسان و في القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) و به قال الشافعي و احمد و مالك رحمهم الله تعالى في الأصح (وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار و لو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط) بفتح الميم موضع الربط (فصح رده) و ذكر التمرتاشيّ عن أبي سلمةّ ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لأن الظاهر أن الدابة تكون هنالك بلا حافظ (و إن استعار عبداً فرده إلى دار المالك و لم يسلمه اليه لم يضمن) هذا لفظ القدوريّ أيضاً إلا أن لفظه فى أكثر النسخ و إن استعار عيناً فردها إلى دار المالك (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن رد العوارى إلى دار المالك معتاد (و لو رد (٢) المغصوب أو الوديعة

=> صاحب المحيط قال مشايخناً: هذا إذا كان الاخراج باذن صاحب المال ولو بلا اذنه فمؤنة الرد مستأجرا أو مستعيرا على الذى أخرج اه و فى الخلاصة: الأجير المشترك كالخياط و نحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب كذا في البحر. (١)اصطبل قيد بالاصطبل لأنه لو ردها إلى أرض مالكها لا يبرأ كذا فى البحر معزيا إلى المحيط.

(٢)و لو رد المغصوب الخ أقول مسئلة الغصب خلافية ففى الخلاصة قال مشايخناً يجب أن يبرأ قال فى الجامع الصغير للامام قاضيخانّ السارق و الغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده ما لم يردها إلى مالكها.

إلى دار المالك و لم يسلم (١) إليه ضمن لأن الواجب على العاصب فسخ فعله و ذلك بالرد إلى المالك دون غيره و الوديعة لا يرضي المالك بردها إلى الدار و لا إلى يد من في العيال لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لأن فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال و من استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن و المراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله و كذا إذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لأن المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده و قيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب و قيل فيه و في غيره و هو الاصح

إلى دار المالك و لم يسلمها اليه ضمن) هذه (٢) من مسائل القدوري أيضا (لان الواجب على الغاصب فسخ فعله و ذلك بالرد إلى المالك دون غيره و الوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار و لا إلى يد من في العيال لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لأن فيها عرفاً حتى لو كانت العارية عقد جوهر) بكسر العين و سكون القاف و هو القلادة و يجمع على عقود (لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه) أي في حكم رد عقد الجوهر (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) أراد بالأجير السائس و به قال أحمد رحمه الله تعالى و قياس قول الشافعي رحمه الله تعالى أن يضمن كما في الوديعة (و المراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لأنها) أى لأن العارية (أمانة فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله و كذا) أى لا يضمن (إذا ردها) أى رد المستعير (٣) الدابة المستعارة (مع عبد رب الدابة أو أجيره لأن المالك يرضى به ألا ترى انه لو رده اليه) أى لو رد المستعير الدابة إلى المالك (فهو) أى المالك (يرده إلى عبده) و تذكير الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان أو الحمار و نحوه (و قيل هذا) أي عدم الضمان بالرد إلى عبد رب الدابة (في العبد الذي يقوم إلى الدواب) و هو السائس (و قيل فيه و في غيره) أى قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب و في غيره (و هو الاصح) أى القول الثاني هو الاصح

(١)لم يسلم –ن– لم يسلمها. (٢)هذه من مسائل القدورى الا أنه ليس فيه لفظ المغضوب. (٣)رد المستعير الدابة الخ قيد بالمستعير لأن المودع لو رد مع عبد رب الدابة أو أجيره لا يبرأ لعدم العرف و لو رد مع عبده لا يضمن لأنه له أن يستحفظ به و قيد بالدابة لأنه لو كان شيئا نفيسا فردها إلى يد غلام صاحبها ضمن لعدم العرف به كذا في البحر.

لأنه و إن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا و إن كان ردها مع أجنبي ضمن و دلت المسألة على المستعير لا يملك الايداع قصداً كما قاله بعض المشايخ و قال بعضهم يملكه لأنه دون الاعارة و أولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال و من أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يكتب انك أعرتني لأن لفظة الاعارة موضوعة له و الكتابة بالموضوع أولى كما في إعارة الدار و له أن لفظة الاطعام أدل على المراد لأنها تختص بالزراعة و الاعارة تنتظمها و غيرها كالبناء و نحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى و الله أعلم بالصواب.

(لأنه) أي لأن مالك الدابة (و ان كان لا يدفع إليه دائما) أى إلى عبده الذى لا يقوم على الدواب دائما (يدفع اليه أحياناً) أى في بعض الأوقات (و إن كان) أى المستعير (ردها) أى الدابة المستعارة (مع أجنبي ضمن) يعني إذا هلك لأنه ليس بنائب عن المالك فصار متعدياً (و دلت المسألة) أي المسألة المذكورة (على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً) لأنه لما وضعها في يد الاجنبي للرد كان إيداعاً فعلم أنه لا يملك الايداع إذ ملكه لما ضمن (كما قاله بعض المشايخ) منهم الكرخي و البقالي رحمهما الله تعالى (و قال بعضهم) أي بعض المشايخ و هم مشايخ العراق (يملكه) أى يملك المستعير الإيداع (لأنه دون الاعارة) أى لأن الايداع دون الإعارة لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعاً و تمليك المنافع فلأن يملك الإيداع و ليس فيه تمليك المنافع أولى و به أخذ أبو الليث و الفضلى رحمهما الله تعالى و في الكافي و عليه الفتوى (و أولوا) أى أول مشايخ العراق (هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة) أراد أن هذه المسألة فيما إذا كانت العارية موقتة و قد انتهت باستيفاء مدتها و حينئذ يصير المستعير مودعاً و المودع لا يملك الإيداع بالاتفاق (قال و من أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب) أى المستعير (انك اطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يكتب انك اعرتني لأن لفظة الإعارة موضوعة له) أى لعقد الإعارة (و الكتابة بالموضوع اولى كما في إعارة الدار) حيث لا يكتب اسكنتني و كذا في إعارة الثوب حيث لا يكتب البستني و به قالت الثلاثة (و له) أى و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن لفظة الاطعام أدل على المراد) من الاعارة (لأنها) أي لأن لفظة الاطعام (تختص بالزراعة و الاعارة تنتظمها) أي تشملها (و غيرها) أي و تنتظم غيرها أيضاً (كالبناء و نحوه) مثل نصب الفسطاط (فكانت الكتابة بها) أى بلفظة الاطعام (أولى بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى) و الغرض يصير معلوماً بقوله أعرتني و كذا في الثوب (و الله أعلم بالصواب).

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة و السلام تهادوا تحابوا

(كتاب الهبة)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على التمليك إلا أن العارية مفردة و الهبة مركبة لأن في العارية تمليك المنفعة فقط و في الهبة تمليك العين مع المنفعة و الهبة في اللغة مصدر من وهب يهب هبة و أصلها وهب لأنه معتل الفاء كالعدة أصلها وعد فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوضت عنها التاء فى آخره فقيل هبة وعدة و معناها (١) ايصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كانت مالاً أو غير مال يقال وهبت له مالاً و وهب الله فلاناً ولداً صالحاً و يقال وهبه مالاً ايضاً و لا يقال وهب منه و يسمى الموهوب هبة و موهبة و الجمع هبات و مواهب و اتهبه منه إذا قبل الهبة منه و استوهبه إذا طلب الهبة و في الشرع هي تمليك المال بلا عوض (٢) (و الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة و السلام تهادوا تحابوا) هذا الحديث رواه من الصحابة أبو هريرة و ابن عمرو و ابن عمر و عائشة رضى الله تعالى عنهم أجمعين أما حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه فرواه (٣) البخاري رحمه الله تعالى في كتابه المفرد في الآداب حدثنا عمرو بن خالد ثنا ضمام بن اسماعيل سمعت موسى بن وردان عن ابي هريرة عن النبي عليه الصلاة و السلام قال تهادوا تحابوا و أخرجه النسائي رحمه الله تعالى في كتاب الكنى عن أبي الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن اسماعيل به و كذلك رواه أبو يعلى الموصليّ في مسنده و البيهقيي رحمه الله تعالى في شعب الايمان و ابن عديّ في الكامل و اعله بضمام و قال إن احاديثه لا يرويها غيره و أما (٤) حديث ابن عمرو رضي الله تعالى عنهما فرواه الحكمّ في كتاب علوم الحديث فقال

(١)معناها الخ و فى البحر: الهبة لغة التفضل على الغير بما ينفعه و لو غير مال و اصطلاحا هى تمليك العين بلا عوض فخرجت الاباحة و العارية و الاجارة و البيع وهبة الدين ممن عليه فانه إسقاط و إن كان بلفظ الهبة و فى الاختيار: أن الهبة نوعان تمليك و إسقاط و عليهما الاجماع و أما هبة الدين من غير من هو عليه فصحيحة بشرط أن يأمره بقبضه كذا فى المنتقى وغيره و ظاهرہ أنه ليس بوكيل عنه فى قبضه فيملكه و يكون هبة و قد صرح به فى المحيط: فقال و لو وهب دينا له على رجل و أمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة إستحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة و إن لم يأذن فى القبض لم يجز و فى المنحة على البحر: قوله: (و قد صرح به فى المحيط) أى بكونه و كيلا عنه فى قبضه تأمل. (٢)بلا عوض أى بلا اكتساب عوض كذا فى النتائج و زاد ابن الكمالّ للحال لاخراج الوصية كذا فى الشامية لأن الوصية تمليك بعد الموت لا فى الحال. (٣)رواه البخارى رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية ص١٢٠ ج٤ و إسناده حسن كذا فى التلخيص كتاب الهبة ص٦٩ ج٣. (٤)أما حديث ابن عمرو رضى الله تعالى عنه الخ كذا فى نصب الراية.

....

سمعت أبا زكريا العنبري قال سمعت أبا عبد الله البوشبخي ثنا يحيى بن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو ان النبي عليه الصلاة و السلام قال تهادوا تحابوا و أما (١) حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما فرواه ابن القاسم الاصبهاني في كتاب الترغيب و الترهيب من حديث اسماعيل بن اسحاق الراشدي ثنا محمد بن داود بن عبد الجبار عن ابيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا و أما (٢) حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فرواه الطبراني في معجمه الاوسط ثنا محمد بن يحيى ثنا يحيى بن محمد بن السكن ثنا ريحان بن سعيد ثنا عرعرة بن اليزيد ثنا المثنى أبو حاتم العطار عن عبيد بن العيزار عن القاسم بن محمد بن ابى بكر عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا و هاجروا تورثوا اولادكم مجداً و أقيلوا الكرام عثراتهم و اخرجه (٣) مالك رحمه الله تعالى في الموطأ مرسلا عن عطاءِ بن عبد الله الخراساني قال قال رسول الله ﷺ تصافحوا يذهب الغل (٤) و تهادوا تحابوا و تذهب الشحناء (٥) قوله تهادوا بفتح الدال و سكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادي و اصلة تهاديوا لأنك تقول تهادى تهاديا تهاديوا قلبت الياء الفاً لتحركها و انفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا اصله تعاليوا قال الله تعالى ﴿قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء﴾ قوله تحابوا بتشديد الباء المضمومة و هو ايضاً خطاب للجماعة و أصله تحابون

(١)أما حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه الخ كذا فى نصب الراية. (٢)أما حديث عائشة رضى الله تعالى عنه الخ. كذا فى نصب الراية. (٣)أخرجه مالك رحمه الله تعالى فى الموطا باب ما جآء فى المهاجرة ص٧٠٦ أقول و فى الباب احاديث أخرى منها ما أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الهبة باب القليل من الهبة ص٣٤٩ ج١ عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت و لو اهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت و أخرجه فى الأطعمة باب من أجاب إلى كراع ص٧٧٨ ج٢ و منها ما أخرجه البخارى رحمه الله تعالى أيضا فى الهبة باب المكافأة فى الهبة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت كان رسول الله ﷺ يقبل الهبة و يثيب عليها و منها ما أخرجه الترمذى رحمه الله تعالى فى الولاء و الهبة باب ما جآء فى حث النبى ﷺ على الهدية ص٣٥ ج٢ عن ابى معشر نجيح السندى عن سعيد عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر و لا تحتقرن جارة لجارتها و لو فرسن شاة اه و قال غريب و قال الحافظ الزيلعى فى نصب الراية (ص ١٢١ ج٤) و رواه احمد رحمه الله تعالى فى مسنده قال ابن القطان فى كتابه: و أبو معشر هذا مختلف فيه فمنهم من يضعفه و منهم من يوثقه فالحديث من أجله حسن اه. (٤)الغل بكسر الغين الحقد و الدغن. (٥)الشحناء بفتح فسكون و نون ممدودة أى العداوة.

و على ذلك انعقد الإجماع و تصح بالإيجاب

و لكن سقطت النون لأنه جواب الأمر وأصله تحاببوا لأنه من التحابب من المحبة أدغمت الباء في الباء و قال (١) الحاكمؒ تحابوا إما بتشديد الباء من الحب و إما بالتخفيف من المحاباة قلت يترجح الأول الذي هو المشهور بما أخرجه البيهقي رحمه الله تعالى في شعب الايمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بن وداع أو قال وداع قال سمعت رسول الله ﷺ يقول تهادوا تزيدوا في القلب حباً (و على ذلك) أى على كون الهبة مشروعة (انعقد الإجماع) أي إجماع الأمة (و تصح) (٢) أى الهبة (بالإيجاب) كقوله وهبت و نحوه يعني يتم الهبة بمجرد الايجاب في حق الواهب

(١)قال الحاكمؒ الخ كذا في نصب الراية. (٢)و تصح الخ اضطرب كلمات الحنفية في أن ركن الهبة ما هو؟ فقال شيخ الاسلام خواهرزادهؒ في مبسوطه: هو مجرد إيجاب الواهب و هو قوله: وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لأن العقد ينعقد بمجرد أيجاب الواهب و قال صاحب التحفة ركنها الإيجاب و القبول و وجهه أن الهبة عقد و العقد هو الإيجاب و القبول و قال في البدائع: أما ركن الهبة فالإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا و القياس أن يكون ركنا هو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن كذا في نتائج الأفكار (٧: ٤٨٠) لكن هذا الاضطراب و الاختلاف إنما هو في حقيقة الهبة فقط و لم يختلفوا في أن الملك للموهوب له لا يثبت بدون قبول الموهوب له و قبضه قال صاحب النهاية تحت قول صاحب الهداية و تصح بالإيجاب و القبول أى تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب و بالإيجاب و القبول في حق الموهوب له لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار و الوصية و لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول و القبض هكذا في نتائج الأفكار (٧: ٤٨٠) فظهر من هذا التفصيل أن ما يظهر من كلام الشوكاني أن الموهوب له يملك بالإيجاب فقط عند بعض الحنفية ناش من قلة التدبر في كلامهم لأن النزاع منهم إنما هو في حقيقة الهبة لا في ثبوت الملك بالإيجاب فقط و ذكر القاضي و أبو الخطاب من الحنابلة أن الهبة و العطية لا تصح كلها إلا بالإيجاب و القبول و لا بد منهما سواء وجد القبض أو لم يوجد و هذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب و القبول كالنكاح وغيره و الصحيح أن المعاطاة و الأفعال الدالة على الإيجاب و القبول كافية و لا يحتاج إلى لفظ و هذا اختيار ابن عقيل فإن النبي ﷺ كان يهدى و يهدى إليه و يعطى و يعطى و يفرق الصدقات و يأمر سعاته بتفريقها و أخذها و كان أصحابه يفعلون ذلك و لم ينقل عنهم في ذلك إيجاب و لا قبول لفظا و لا أمر به و لا تعليمه لأحد و لو كان ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهورا كما هو مقتضى العادة و كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر بعنيه فقال: هو لك يا رسول الله فقال رسول الله ﷺ: هو لك يا عبد الله بن عمر! فاصنع به ما شئت و لم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر و لا قبول ابن عمر من النبي ﷺ لفظا و لو كان شرطا لفعله النبي ﷺ و علمه ابن عمر و لم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله و روى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه فإن قالوا صدقة قال لأصحابه كلوا و لم يأكل و إن قالوا: هدية ضرب بيده فأكل معهم و لا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدى الضيفان إذن في الأكل و أنه لا يحتاج إلى قبول بقوله و لأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك فاكتفى به كما إذا وجد الإيجاب و القبول قال ابن عقيل إنما يشترط الإيجاب و القبول لفظا مع الإطلاق و عدم العرف القائم بين المعطى و المعطى لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا =>

و القبول و القبض أما الإيجاب و القبول فلأنه عقد و العقد ينعقد بالإيجاب و القبول و القبض لا بد منه لثبوت الملك

(و القبول) كقوله قبلت (و القبض) بالجر أي بالقبض فلا يتم في حق الموهوب له إلا بالقبول (١) و القبض كما يأتي لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع و لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول و القبض و ثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب و لم يقبل الموهوب له يحنث و عند زفرؒ لا يحنث بلا قبول و قبض كما في البيع أو حلف على أن لا يهب فلاناً فوهبه و لم يقبل بر في يمينه عندنا (أما الإيجاب و القبول فلأنه عقد) أى فلأن الهبة عقد نحو سائر العقود و ذكر الضمير باعتبار العقد (و العقد ينعقد بالايجاب و القبول) لأن قيام العقد بهما (و القبض لا بد منه لثبوت الملك) و به (٢) قال الشافعي و أحمد و أكثر الفقهاء رحمهم الله تعالي إلا أن احمد رحمه الله تعالي يقول إن

=> فلا بد من قول دال عليه أما مع قرائن الأحوال و الدلائل فلا وجه لتوفيقه على اللفظ ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة فى البيع و اكتفينا بدلالة الحال فى دخول الحمام و هو إجارة و بيع أعيان فإذا اكتفينا فى المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال و أنها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفى به فى الهبة أولى ذكره الموفق فى المغنى (٦:٢٥٣) قلت: و هذا هو مذهبنا معشر الحنفية قال ابن عابدين: إن التلفظ بالإيجاب و القبول لا يشترط بل تكفى القرائن الدالة على التمليك كمن دفع لفقير شيئا و قبضه و لم يتلفظ واحد منهما بشئ و كذا يقع فى الهدية و نحوها فاحفظه و مثله ما يدفع لزوجته أو غيرها قال وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب و لم يقل: قبلت صح لأن القبض فى باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول ولو الجية قال و تصح الهبة بقبول أى و لو فعلا و منه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له و كان أخذه قبولا (و كذا لو وضع مالا فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز و يكون لمن رفعه) و ما فى المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط فى الهبة القبول مشكل بحر قلت يظهر لى أنه أراد القبول قولا و عليه يحمل كلام غيره أيضا و به يظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول و عدمه و الله الموفق و قدمنا نظيره فى العارية نعم! القبول شرط لو كان الموهوب فى يده أى يد الموهوب له كما يأتى اهـ (٤:٧٧٨) و بهذا ارتفع الاضطراب الذى ادعاه بعض الأحباب فى كلمات الحنفية.

(١)بالقبول أى و لو فعلا و منه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شآء فأخذها رجل منهما تكون له و كان أخذه قبولا و ما فى المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط فى الهبة القبول مشكل بحر قلت يظهر لى أنه أراد بالقبول قولا و عليه يحمل كلام غيره أيضا و به ظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول و عدمه اه كذا فى الشامية و فى تقريرات الرافعيؒ: (قوله و به يظهر التوفيق بين القولين الخ) بل الخلاف حقيقى كما يظهر من فروعهم و من هذا ما نقله فى التكملة هنا عن التتارخانية عن الذخيرة نعم من اشترط القبول أراد به ما يشمل الفعل و من لم يشترطه قال لا بد منه للدخول فى ملكه لا لتحقق الهبة و بهذا تندفع المخالفة فى الفروع المذكورة فى التكملة. (٢)و به قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىؒ ص٢٤٦ ج٦ إعلم أن المكيل و الموزون لا تلزم فيه الصدقة و الهبة إلا بالقبض و هو قول اكثر الفقهاء منهم النخعى و الثورى و الحسن ابن صالح و ابو حنيفة و الشافعى رحمهم الله تعالى و قال مالك و ابو ثور رحمهما الله تعالى يلزم ذلك بمجرد =>

و قال مالك رحمه الله تعالى يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع و على هذا الخلاف الصدقة و لنا قوله عليه الصلاة و السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة

كانت الهبة عينا تصح بدون القبض في الأصح و في المكيل و الموزون لا يصح بدون القبض (و قال مالك رحمه الله تعالى يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع) لأنه عقد لازم يقبل الملك فلم يتوقف على القبض كالبيع و لأنه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية و الوقف و به قال أبو ثور و الشافعي رحمهما الله تعالى في القديم و ابن أبي ليلىّ و في كتاب التفريع لأصحاب مالك رحمه الله تعالى و من وهب شيئاً من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به فإن أبى ذلك حكم به عليه إذا أقر أو قامت عليه البينة و إن أنكر الهبة حلف عليها و برئ منها و إن نكل عن اليمين حلف الموهوب له و أخذها منه و ان مات الواهب قبل دفعها إلى الموهوب له فلا شيء له إذا كان قد أمكنه أخذها ففرط فيها و إن مات الموهوب له قبل قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بهبته انتهى و قال الخرقيّ من أصحاب أحمد رحمه الله تعالى لا تصح الهبة و الصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه و يصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع (و على هذا الخلاف الصدقة) فعندنا يشترط فيها القبض خلافاً لمالك رحمه الله تعالى (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة) هذا حديث منكر لا أصل له و العجب من الكاكيّ حيث يقول قبل هذا الحديث غير مرفوع بل قول علي و عمر رضي الله تعالى عنهما و لم يبين ذلك و ليس كذلك بل هذا الذي ذكره المصنفّ قول ابراهيم النخعيّ رواه (١) عبد الرزاقّ في مصنفه عن سفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم قال الهبة لا تجوز حتى تقبض و الصدقة تجوز قبل أن تقبض و أما قول عمر رضي الله تعالى عنه فهو ما رواه (٢) البيهقي رحمه الله تعالى من حديث يزيد بن زريع ثنا سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن يحيي بن يعمر عن أبي موسى الاشعرى رضي الله تعالى عنه قال

=> العقد و لنا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فان ما قلنا مروى عن ابى بكر و عمر رضى الله تعالى عنهما و لم يعرف لهما مخالف فى الصحابة و أما غير المكيل و الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد و يثبت الملك فى الموهوب قبل قبضه و روى ذلك عن على و ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض و هو قول مالك و ابى ثور رحمهما الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى لا تلزم الهبة فى الجميع إلا بالقبض و هو قول اكثر اهل العلم قال المروزىّ اتفق ابو بكر و عمر و عثمان و على رضى الله تعالى عنهم على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة و يروى ذلك عن النخعى و الثورى و الحسن بن صالح و العنبرى و الشافعى و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى اه ملخصا.(١)رواه عبد الرزاقّ فى المواهب باب الهبات ص١٠٧ ج٩. (٢)رواه البيهقى رحمه الله تعالى فى الهبات باب شرط القبض فى الهبة ص١٧٠ ج٦ و سنده صحيح كما فى الاعلاء ص٧٧ ج١٦.

و المراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت و لأنه عقد تبرع و في إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به و هو التسليم فلا يصح

قال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ميراث ما لم يقبض و الأحسن أن يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما أخرجه (١) البيهقي رحمه الله تعالى من حديث عبد الله بن وهب أخبرني مالك بن انس و يونس بن يزيد و غيرهما من أهل العلم أن ابن شهاب اخبرهم عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها قالت إن أبا بكر رضى الله تعالى عنه نحلها جداد عشرين وسقاً من مال بالغابة فلما حضرته الوفاة قال و الله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك و لا أعز علي فقراً بعدي منك و اني كنت نحلتك من مالي جداد عشرين وسقاً فلو كنت جددتيه و احتزتيه كان لك ذلك و إنما هو مال الوارث و إنما هو أخواك و أختاك فاقتمسوه على كتاب الله فقالت يا أبت و الله لو كان كذا و كذا لتركته إنما هو اسماء ضمن الاخرى قال ذو بطن بنت خارجة أراها جارية و كذا رواه (٢) الطحاوي رحمه الله تعالى في شرح الآثار و قال حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب أن مالكاً حدثه ...... إلى آخره فهذا ادل دليل على اشتراط القبض و به استدل في المبسوط و أصحاب الشافعي في كتبهم قوله نحلها أي وهب لها و الجداد بكسر الجيم من جددت الشيء أجده بالضم جداً قطعته و روى جاد عشرين وسقاً قال الخطابي الجاد بمعنى المجدود فاعل بمعنى مفعول و الوسق ستون صاعاً و الغابة بالغين المعجمة و بعد الألف باء موحدة مخففة و هو موضع مشهور بالمدينة و في رواية بالعالية و هو أيضاً موضع بالمدينة (و المراد نفي الملك) أي المراد من قوله عليه الصلاة و السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة عدم ثبوت حكم الهبة و هو الملك (لأن الجواز) أى جواز الهبة (بدونه) أي بدون القبض (ثابت) يعنى بالاجماع (و لأنه) أى و لأن عقد الهبة (عقد تبرع) و عقد التبرع لم يلزم به شئ (و في اثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به و هو التسليم) أى الذي لم يتبرع به هو التسليم (فلا يصح) لأن من ضرورات الملك التسليم و رد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي و هو محدث لزمه الوضوء و من شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام و أجيب (٣) بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب اذا كان

(١)أخرجه البيهقى رحمه الله تعالى فى الباب المذكور آنفا. (٢)رواه الطحاوى رحمه الله تعالى فى كتاب الهبة و الصدقة باب الرجل ينحل بعض بنيه دون بعض ص٢٢٥ ج٢. (٣)أجيب الخ أقول فيه كلام أما أولا فلأن قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب و بالهبة المعوض عنها و بغيرهما مما يتحقق فيه المنع عن الرجوع كما سيأتى و أما ثانيا فلأنه إذا جاز له الرجوع قبل التسليم و بعده لم يكن فى =>

بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت و لا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم و حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فإن قبضه (١) الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً و إن قبض بعد الإفتراق لم يجز إلا أن

ذلك الشيء واجباً كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشروع و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب و الهبة عقد تبرع ابتداء و انتهاء فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت) لما قاس مالك رحمه الله تعالى الهبة على الوصية و الوقف في عدم اشتراط القبض أجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية أراد بين الهبة و الوصية فرقاً و هو أن الملك لا يثبت في الوصية إلا بعد الموت و حينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم و هو معنى قوله (و لا إلزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم) يعني بالموت و كذلك القياس على الوقف غير صحيح لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى و التصدق بمنفعته و فيه لا يشترط القبض (و حق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه و تقريره أن حق الوارث متأخر (عن الوصية فلم يملكها) أي الوصية أى مال الوصية يعني لما لم يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لأنه لم يملكها و لا قام مقام المالك فيها (فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى في مختصره يعني ان قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز وصحت الهبة استحساناً و قال الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض و إن وهب له ديناً على رجل و أذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز اذا قبض ذلك استحساناً ايضاً و إن لم يأذن له في قبض الدين لم يجز الهبة و إن قبضه الموهوب له و إن كان ذلك بحضرة الواهب لأن المال الذي يقبض عن الدين ملك الذى عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين أو يجعل قبضه إلى غيره فيقبضه الغير (و إن (٢) قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن

=> إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبع شيئا لم يتبرع به و هو التسليم إذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفى لزوم التسليم فمن اين يجب إلزام التسليم فليتأمل فى الدفع كذا فى النتائج. (١) قبضه -ن- قبضها. (٢) و إن قبض الخ و فى البحر: و التمكن من القبض كالقبض و لهذا قال فى الاختيار: و لو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى و جعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية فى البيع و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى لا بد من القبض فى يده اه و لو وهب لرجل ثيابا فى صندوق مقفل و دفع إليه الصندوق لم يكن قبضا و إن كان الصندوق مفتوحا كان قبضا لأنه يمكنه القبض كذا فى المحيط اه و فى المنحة على البحر: قوله: (و التمكن =>

يأذن له الواهب في القبض و القياس أن لا يجوز في الوجهين و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه و لنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه و هو الملك و المقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً له على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول و القبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا نهاه

يأذن له الواهب في القبض و القياس أن لا يجوز في الوجهين) أي فيما اذا قبض في المجلس بغير إذن الواهب و فيما اذا قبض بعد الافتراق بدون اذنه (و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى) أى القياس قول الشافعي رحمه الله تعالى (لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه) أى ملك الواهب (قبل القبض باق) بالاتفاق بدليل صحة تصرفه من البيع و الاعتاق (فلا يصح) أى القبض (بدون اذنه) أى إذن الواهب لأن التصرف في ملك الغير بغير الاذن غير صحيح (و لنا) أراد به وجه الاستحسان قيل ذكر لنا ههنا غير مناسب لأنه ذكر القياس و الاستحسان و لم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن ذكر لنا مناسباً بل كان المناسب ان يقول وجه الاستحسان قلت لما كان القياس هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و وجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول و لنا و إن لم يصرح بذكر الشافعي رحمه الله تعالى (أن القبض بمنزلة القبول في الهبة) أى القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع و قوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول فافهم و كون القبض فيها مثل القبول في البيع (من حيث أنه يتوقف عليه) أى على القبض (ثبوت حكمه و هو الملك) فاذا كان القبض مثل القبول لا يثبت حكم الملك في الهبة الا بالقبض كما لا يثبت الملك في البيع الا بالقبول (و المقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للموهوب له (فيكون الايجاب منه) أي من الواهب (تسليطا له)أى للموهوب له (على القبض) تحصيلاً لمقصوده فكان إذنا دلالة (بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق) حيث يشترط فيه الاذن صريحاً (لأنا) و في بعض النسخ لأنه أى لأن الشأن (إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له) أى للقبض (بالقبول و القبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به) أى بالقبول و هو القبض (بخلاف ما إذا نهاه) كان ينبغي أن

=> من القبض كالقبض) قال في التتارخانية: قد ذكرنا أن الهبة لاتتم إلا بالقبض و القبض نوعان: حقيقي و أنه ظاهر و حكمي و ذلك بالتخلية و قد أشار في هذه المسألة إلى القبض الحكمي و هو القبض بطريق التخلية و هذا قول محمد رحمه الله تعالى خاصة و عند ابى يوسف رحمه الله تعالى التخلية ليست بقبض و هذا الخلاف في الهبة الصحيحة فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقا اه.

عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال و تنعقد (١) الهبة بقوله وهبت و نحلت و أعطيت لأن الأول صريح فيه و الثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة و السلام

يقول و بخلاف بواو العطف عطفاً على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأن حكمهما واحد و هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فإن التسليط موجود و لم يجز له القبض و تقرير الجواب أنه إذا نهاه يعنى صريحاً (عن القبض في المجلس) بأن قال له لا تقبض فانه لا يصح قبضه في المجلس و بعده (لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) اراد بالدلالة الاذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض و الصريح هو قوله لا تقبض فإن الإذن الذي حصل من الإيجاب دلالة بوجود صريح النهى لأن الدلالة لا تقابل الصريح و فيه مناقشتان الأولى ان القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع و الثانية أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب و القبول و المبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده و يحبسه للثمن أجيب عن الأولى بأن الإيجاب من البائع شطر العقد و لا يتوقف على ما وراء المجلس و في الهبة وحده عقد تمام و هو يتوقف على ما وراءه و عن الثانية بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير و ثبوت الملك له ضمني لا معتبر به (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و تنعقد الهبة بقوله وهبت (٢) و نحلت و أعطيت لأن الأول) أي قوله وهبت (صريح فيه) أي في عقد الهبة (و الثاني) أي قوله نحلت (مستعمل فيه) أي في عقد الهبة أراد أنه مجاز فيه و هو أيضاً صريح لأن المجاز المتعارف كالصريح إلا أن قوله وهبت لما كان صريحاً حقيقة و نحلت و أخواته صريحا مجازاً فرق بينهما (قال عليه الصلاة و السلام) أى

(١)تنعقد –ن– ينعقد. (٢)وهبت الخ أطلقها فشمل ما إذا كان على وجه المزاح فان الهبة صحيحة كذا فى الخلاصة و شمل ما إذا أضاف الهبة إلى جزء يعبر به عن الكل كما إذا قال وهبت لك فرجها كان هبة كذا فى الخلاصة أيضا و شمل ما لو قال لقوم قد وهبت جاريتى هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ملكها و كذا بقوله أذنت الناس جميعا فى ثمر نخلى من أخذ شيئا فهو له فبلغ الناس من أخذ شيئا يملكه كذا فى المنتقى و ظاهره أن من أخذه و لم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: قوله: (فشمل ما إذا كان على وجه المزاح الخ) رده المقدسى بأنه ليس فى الخلاصة ما يفيد دعواه و الذى فيها أنه طلب الهبة مزاحا لا جدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة لأن الواهب غير مازح و قد قبل الموهوب له قبولا صحيحا كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى قلت و ليس فى كلام المؤلف ما يقتضى أن المزاح وقع فى الايجاب لأن قوله أطلقها أى أطلق الهبة و قوله فشمل ما إذا كان أى طلبه لها تأمل.

أكل أولادك نحلت مثل هذا و كذا الثالث يقال أعطاك الله و وهبك الله بمعنى واحد و كذا ينعقد (١) بقوله أطعمتك هذا الطعام و جعلت هذا الثوب لك و أعمرتك هذا الشيء و حملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غلتها

قال النبي ﷺ (أكل أولادك نحلت مثل هذا) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال إن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلاماً فقال أكل ولدك نحلت مثله قال لا قال فارجعه أخرجه (٢) البخاري و مسلم رحمهما الله تعالى في الهبة و ابو داود رحمه الله تعالى البيوع و النسائي رحمه الله تعالى فى النحل و الترمذى رحمه الله تعالى فى الأحكام و ابن ماجة رحمه الله تعالى فى الهبات أخرجوه من غير وجه عن النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه بألفاظ مختلفة و المعنى واحد و العجب من الكاكي مع إدعائه أن له إطلاعاً في الحديث أنه لما ذكر هذا الحديث قال كذا في المبسوط فهذا قول من لم يحم حول كتب الحديث و لا طرق في سمعه اسم البخاري و مسلم و لا غيرهما (و كذا الثالث يقال اعطاك الله و وهبك الله) يعنى أراد بالثالث قوله أعطيت أي هو أيضاً مستعمل في عقد الهبة مجازاً كما يقال أعطاك الله و وهبك الله (بمعنى واحد و كذا تنعقد) أى الهبة (بقوله أطعمتك هذا الطعام و جعلت هذا الثوب لك و أعمرتك هذا الشيء و حملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة) هذه أربعة الفاظ ثلاثة تنعقد بها الهبة مطلقاً و الرابع و هو حملتك لا تنعقد الهبة به إلا بالنية على ما يجيء الآن (أما الأول) يعني قوله أطعمتك هذا الطعام (فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين) بغير عوض فيكون هبة (بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية لأن عينه لا يطعم) أي لأن الأرض و التذكير باعتبار المذكور و في بعض النسخ لأن عينها و هو الأصوب فيكون المعنى أطعمتك ما يحصل منها فكان تمليكاً لمنفعة الأرض دون عينها (فيكون المراد أكل غلتها) أى إذا كان كذلك يكون المراد أكل غلة الأرض و هو ريعها و قال الا ترازي رحمه الله تعالي و لنا في تقرير صاحب الهداية

(١) ينعقد –ن– تنعقد. (٢) أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الهبة باب الهبة للولد ص٣٥٢ ج١ و مسلم فى الهبات باب كراهية تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ص٣٦ ج٢ و ابوداود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ص١٤٣ ج٢ و النسائى رحمه الله تعالى فى النحل ص١٣٤ ج٢ و الترمذى رحمه الله تعالى فى الاحكام باب ما جآء فى النحل و التسوية بين الولد ص١٦٣ ج١ و ابن ماجة رحمه الله تعالى فى الهبات باب الرجل ينحل ولده ص١٧٣.

و أما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك و أما الثالث فلقوله عليه الصلاة و السلام فمن أعمر عمرىٰ فهي للمعمر له و لورثته من بعده و كذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرىٰ لما قلنا

نظر لأنه قال إن الاطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم لأن المراد من الاطعام إطعام الطعام و الطعام يؤكل عينه فكان الإطعام في الآية مضافا إلى ما يطعم عينه فافهم قلت لا نسلم أنه أضيف إلى ما يؤكل عينه بل هو مضاف إلى عشرة مساكين فافهم (و أما الثاني) يعني قوله جعلت (١) هذا الثوب لك (فلأن (٢) حرف اللام للتمليك) فكان معناه ملكت هذا الثوب لك ألا ترى أن في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل و التمليك فكذا في التمليك بغير بدل و كسوتك هذا الثوب بمعناه لأنه لتمليك العين قال الله تعالى ﴿أو كسوتهم﴾ و الكفارة لا تتأدى إلا بتمليك الثوب (و أما الثالث) يعني قوله و أعمرتك هذا الشئ (فلقوله عليه الصلاة و السلام فمن أعمر عمرىٰ فهي للمعمر له و لورثته من بعده) هذا الحديث أخرجه (٣) مسلم و أبو داود و الترمذي و النسائي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى عن جابر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من اعمر رجلاً عمرىٰ له و لعقبه فقد قطع قوله حقه فيها و هي لمن أعمر و لعقبه (و كذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرىٰ) يقال أعمرته داراً أو أرضاً أو إبلاً إذا أعطيته إياها و قلت هي لك عمرى او عمرك فإذا مت رجعت إلي و العمرى اسم (لما قلنا) أشار به إلي قوله فلأن حرف اللام للتمليك

---

(١) جعلت هذا الثوب لك قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة و لهذا قال فى الخلاصة: لو غرس لابنه كرما إن قال جعلته لابنى تكون هبة و إن قال باسم ابنى لا تكون هبة و لو قال أغرس باسم ابنى فالامر متردد و هو إلى الصحة أقرب اه كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: (و لهذا قال فى الخلاصة لو غرس الخ) قال فى المنح و فى الخانية: قال جعلته لابنى فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التمليك و إن قال أغرسه باسم ابنى لا يكون هبة و إن قال جعلته باسم ابنى يكون هبة لأن الناس يريدون به التمليك و الهبة اه و فيه مخالفة لما فى الخلاصة كما لا يخفى اه قال الرمليّ فى حاشية المنح: ما فى الخانية أقرب لعرف الناس اه و رأيت فى الولوالجية ما نصه: رجل له ابن صغير فغرس كرما له فهذا على ثلاثة أوجه: إن قال أغرس هذا الكرم باسم ابنى فلان أو قال جعلته لابنى فلان هبة لأن الجعل إثبات فيكون تمليكا و إن قال جعلته باسم ابنى فالامر متردد و هو أقرب إلى الوجه الأول اه.
(٢) فلأن حرف اللام للتمليك و لهذا لو قال هذه الأمة لك كان هبة و لو قال هى لك حلال لا تكون هبة إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على أنه أراد به الهبة كذا فى الخلاصة. (٣) أخرجه مسلم رحمه الله تعالى فى الهبات باب العمرى ص٣٧ ج٢ و ابوداود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى العمرى ص١٤٤ ج٢ و الترمذى رحمه الله تعالى فى الاحكام باب ما جآء فى العمرى ص١٦٠ ج١ و النسائى رحمه الله تعالى فى كتاب العمرى ص١٣٩ ج٢ و ابن ماجة رحمه الله تعالى فى الاحكام باب العمرى ص١٧٣.

و أما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأميرفلاناً على فرس و يراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته و لو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لأنه يراد به التمليك قال الله تعالى ﴿أو كسوتهم﴾ و يقال كسى الأمير فلاناً ثوباً أي ملكه منه و لو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل و لو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة و الهبة تحتملها و تحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم

(و أما الرابع) يعني قوله و حملتك على هذه الدابة (فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية) قيل كيف يستقيم هذا القول و قد قال في العارية إن قوله حملتك لتمليك العين قلت قد مر هذا النظر هناك و تحرير الجواب أن قوله ههنا حقيقة بالنظر إلى الوضع و قوله هناك لتمليك العين يعني في العرف و الاستعمال و لكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كأنه مشترك (لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس) أى ملكه إياها و هو معنى قوله (و يراد به التمليك فيحمل عليه) أى على التمليك (عند نيته) فإذا نوى ما يحتمله لفظه و فيه تشديد عليه فيعتبر نيته (و لو قال كسوتك (١) هذا الثوب يكون هبة) هذا من مسائل المبسوط ذكره تفريعاً على مسألة القدوري رحمه الله تعالى (لأنه يراد به التمليك قال الله تعالى ﴿أو (٢) كسوتهم﴾ فإن المراد به تمليك العين لا تمليك المنفعة (و يقال كسى الأمير فلاناً ثوباً أى ملكه منه) أى من فلان (و لو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) أراد به ما ذكره من قوله عليه الصلاة و السلام المنحه مردودة و لكن إذا نوى التمليك يثبت لأنه محتمل كلامه (و لو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية) و هذه من مسائل الجامع الصغير و نصب الهبة في الموضعين على الحال أو التمييز لما في قوله دارى لك من الإبهام (لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة و الهبة تحتملها) أى تحتمل هبة المنفعة (و تحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم) يعني صار المحكم قاضيا على المحتمل فكأنه قال لك سكنى داري فيكون عارية لأن العارية محكم فإن قلت من أين تقول إنها محكمة قلت لأنها لا تحتمل تمليك الرقبة أو أنه خرج تفسيرا لأول الكلام فيتغير به حكم أول الكلام قالت الشراح كان حق الكلام ان يقول لأن السكنى محكم

(١) كسوتك هذا الثوب الخ و فى الخلاصة: لو دفع إلى رجل ثوبا و قال ألبس نفسك ففعل يكون هبة و لو دفع إليه دراهم و قال أنفقها تكون قرضا اه و فى البحر: لو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهى هبة كذا فى المحيط. (٢)أو كسوتهم الآية. المائدة: ٨٩.

و كذا إذا قال عمرىٰ سكنىٰ أو نحلي سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه و لو قال هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها مشورة و ليس بتفسير له و هو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له قال و لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة

في تمليك المنفعة و كذا ذكره في المبسوط حيث قال لأن السكنى محكم و أجيب بأن السكنى لا يحتمل إلا العارية فاطلق عليه اسم العارية (و كذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى) قوله نحلى بضم النون و سكون الحاء و هي العطية (أو سكنى صدقة) بأن قال داري لك سكنى صدقة (أو صدقة عارية) بان قال داري لك صدقة عارية (أو عارية هبة) بأن قال دارى لك عارية هبة (لما قدمناه) أشار به إلى قوله لأن العارية محكمة فى تمليك المنفعة و الهبة تحتملها و تحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم (و لو قال هبة تسكنها فهي هبة) ذكر في المبسوط و لو قال داري لك هبة تسكنها أو قال عمرى لتسكنها و سلمها اليه فهى هبة (لأن قوله تسكنها مشورة) بفتح الميم و ضم الشين بمعنى الشورى و هي استخراج رأي على غالب الظن (و ليس بتفسير له) لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم (و هو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكنها و هو معلوم و إن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته و فعل ما قال و إن شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له) لأن قوله سكنى اسم فجاز ان يكون تفسيرا لاسم آخر فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء و الشرط فيكون عارية (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة) أي مفرغة عن املاك الواهب حتى لا تصلح هبة الثمر على الشجر و الزرع في الأرض بدون الشجر و الأرض و كذا العكس عندنا (مقسومة) احترز به عن المشاع قيل في الفرق بين ما يقسم و بين ما لا يقسم كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصاناً في ماليته فإنه لا يحتمل القسمة و إذا لم يوجب التبعيض نقصانا فى ماليته فهو مما يحتمل القسمة و قيل كل ما يفوت بالقسمة منفعته أصلاً كالعبد أو جنس منفعته كالحمام و الرحي فهو لا يحتمل القسمة و قيل كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمة و أبى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة فهو مما لا يحتمل القسمة ثم الشيوع (١) المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لا الطارئ حتى لو وهب شيئاً

---

(١) ثم الشيوع المقارن للهبة الخ أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا طارئ قيدنا بالهبة لأن الرهن يبطله الشيوع الطارئ كالمقارن كذا فى النهاية.

وهبة المشاع

فرجع في بعضه تصح الهبة و العبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد حتى لو وهب مشاعاً و سلم مقسوماً يجوز و كذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر و سلمه جازت الهبة أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في ارض ثم سلم بعد ذلك مفرزاً يجوز كذا في الذخيرة وغيره فعلم من هذا أن معنى قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة لا تثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة و لكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزاً نظيره البيع بشرط الخيار و في الغاية قال علماؤنا رحمهم الله تعالى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتتم و لا تفيد الملك قبل القسمة و قال الشافعي رحمه الله تعالى إنها تامة و بعض اصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا إنها فاسدة والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض و لا يقال إنها فاسدة بل غير تامة كذا هذا و اجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد و الدابة تامة كذا قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف و قال في الطريقة البرهانية قال علماؤنا رحمهم الله تعالى وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تفيد الملك قبل القبض و قال الشافعي رحمه الله تعالى تفيد الملك بالتخلية و أجمعوا على أن هبة الشائع الذى لا يحتمل القسمة تفيد الملك بالتخلية و قال شيخ الإسلام أبوبكر رحمه الله المعروف بخواهر زاده في مبسوطه قال علماؤنا إذا وهب مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبي أو من شريكه و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز من الأجنبي و من الشريك و قال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إن وهب من الأجنبي لم يجز و إن وهب من الشريك جاز و اجمعوا على انه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز (وهبة (١) المشاع

(١)وهبة المشاع الخ و فى البحر: و يشترط فى صحة هبة المشاع الذى لا يحتملها أن يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد و لم يعلمه به لم يجز لأنها جهالة توجب المنازعة ومما لا يحتملها الدرهم الصحيح حتى لو وهب درهما صحيحا لرجلين صح و لو كان معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهما منهما فان كانا مستويين لم تجز الهبة إلا أن يفرز أحدهما و إن كانا مختلفين يجوز لعدم احتمالهما فأما فى المقطعة فلا تجوز إلا بالافراز و لو كان عبد بين رجلين فوهب أحدهما لهذا العبد شيئا فان كان يحتمل القسمة لا تصح أصلا و إن كان لا يحتملها صحت فى نصيب صاحبه و لو وهب أحد الشريكين حصته من الربح لآخر فان كان المال قائما لم يصح لاحتماله القسم و إن كان مستهلكا صح لأن الدين لا يحتملها كذا فى المحيط اه و فى المنحة على البحر: قوله: (و يشترط فى صحة هبة المشاع الخ) فى الهندية: لو وهب نصيبه من عبد و لم يعلم به لم يجز فان علمه الموهوب له ينبغى أن يجوز عند الامام دونهما و فيها قبل ذلك: جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض و فى منية المفتى: قال وهبت نصيبى من هذه الدار و الموهوب له لا يعلم كم نصيبه صحت اه و لعل المتفاحش جهالته لا تصح هبته كقوله وهبتك شيئا من مالى أو من كذا كذا بخط السائحانى قلت: و فى التتارخانية مثل ما فى المنية.

فيما لا يقسم جائزة و قال الشافعي يجوز في الوجهين لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه و هذا لأن المشاع قابل لحكمه و هو الملك فيكون محلا له و كونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض و الوصية و لنا أن القبض منصوص عليه في الهبة

فيما لا يقسم جائزة) و معناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهراً وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة و ذلك مستنكر و دفعه بما ذكرنا فافهم (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز في الوجهين) أي فيما يحتمل القسمة و فيما لا يحتمل و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و في الروضة يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره و سواء وهبه من الشريك أو غيره و يجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها و دون زرعها و عكسه و في الجواهر للمالكية و لا يمتنع بالشيوع و إن كان قبل القسمة و تصح هبة المجهول و الآبق والكلب و في الحاوى للحنابلة و تصح هبة المشاع و إن تعددت قسمته و تصح من الشريك وغيره سواء كان مما ينقل و يحول أو لم يكن و سواء كان مما ينقسم أو مما لا تتأتي قسمته كالشقص في العبد و الدابة و الجوهرة و الرجى (لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه) من الصحيح و الفاسد و الصرف و السلم فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع (و هذا) أي جوازه (لأن المشاع قابل لحكمه) أي لحكم عقد الهبة (و هو الملك فيكون) أي المشاع (محلاً له) كما في البيع و الإرث و كل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له لأن المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله و لا مانع ثمة فكان جائزاً (و كونه تبرعاً لا يبطله الشيوع) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال البيع لا يفتقر إلى القبض بخلاف الهبة فانه عقد تبرع و محتاج الى القبض فلو قلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة و هو لم يتبرع به فأجاب بقوله و كونه أي و كون الهبة و التذكير باعتبار الوهب أو المذكور تبرعاً لا يبطله الشيوع يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات (كالقرض) بأن دفع الف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً عليه و يعمل في النصف الآخر بشركته فإنه يجوز مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض و لا يشترط القسمة فيه (و الوصية) بأن اوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً (و لنا أن القبض منصوص عليه في الهبة) أراد به ما ذكره من قوله عليه الصلاة و السلام لا يجوز الهبة إلا مقبوضة و فيه نظر لأنه قد تقدم

فيشترط كماله و المشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه و ذلك غير موهوب و لأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه و هو القسمة و لهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به و لأنه لا يلزمه مؤنة القسمة

أن هذا الحديث لا أصل له و لم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط القبض في الهبة شيء و لو ثبت اشتراط قبضه فقبض كل شيء بحسبه (فيشترط كماله) أي كمال القبض لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده كما في إستقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة و هذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً و بدون الإطلاق لا يثبت الكمال (و المشاع لا يقبله) أى القبض (إلا بضم غيره اليه) أى بضم غير الموهوب إلى الموهوب (و ذلك) أي الغير (غير موهوب) و غير ممتاز عن الموهوب فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لإفادة الملك (و لأن في تجويزه) أى فى تجويز عقد الهبة في المشاع (إلزامه) أي إلزام الواهب (شيئاً لم يلتزمه و هو القسمة) لأنه لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجباً لضمانْ المقاسمة عليه و هو خلاف موضوع التبرع فإن قيل هذا ضرر مرضي لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة و الضائر من الضرر ما لم يكن مرضياً أجيب بان المرضي منه ليس القسمة و لا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضياً بالملك المشاع و هو ليس بقسمة و لا يستلزمها قيل هذه العلة غير مطردة لأنهم قالوا لا تجوز الهبة من الشريك و ليس ثمة ضرر القسمة و كذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تجوز هبة واحد من اثنين و ليس فيه ضرر القسمة قلت وجود العلة تراعى في جنس الحكم لا في كل صورة (و لهذا) أى و لأن فى تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم (امتنع جوازه) أي جواز ثبوت الملك (قبل القبض كيلا يلزمه التسليم) و هو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة (بخلاف ما لا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به) ضرورة (و لأنه لا يلزمه مؤنة القسمة) و قد قيل ان هذا الذي ذكره كله مرتب على اشتراط كمال القبض و في اشتراط اصله نظر فكيف باشتراط كماله و الصحيح جواز هبة المشاع و رهنه و إجارته و وقفه كما يجوز بيعه و قرضه و الوصية به و لا زال الناس على ذلك و لم يرد في رده كتاب و لا سنة و لا إجماع فإن طلب الموهوب له القسمة و الزم بها الواهب فهو كما إذا الزم بها البائع و قد باع حصة عما يملكه فكما أن ذلك لا يمنع من صحة البيع و إن كان فيه إلزام بما لا يلتزمه فكذلك لا يمنع من صحة الهبة

و المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به و هو المنفعة و الهبة لاقت العين و الوصية ليس من شرطها القبض و كذا البيع الصحيح و أما البيع الفاسد و الصرف و السلم فالقبض فيها غير منصوص عليه و لأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة و القرض تبرع من وجه

(و المهايأة (١) تلزمه) هذا جواب سؤال يرد علينا تقريره أن يقال ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة لأنه تلزمه المهايأة و في إيجابها إلزام ما لم يلتزم بالعقد و مع ذلك العقد جائز فلتكن مؤنة القسمة كذلك و تقرير الجواب أن المهايأة تلزمه (فيما لم يتبرع به و هو المنفعة و الهبة لاقت العين) فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بل هذه من ضرورات الانتفاع بملكه و لقائل أن يقول إن إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد و إن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما و الجواب بتخصيصه بذلك و يدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه و ليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها و لا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له و في ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع (و الوصية ليس من شرطها القبض) هذا جواب عن قوله و الوصية تقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع و الوصية ليست كذلك (و كذا البيع الصحيح) يعنى ليس من شرطه القبض (و أما البيع الفاسد و الصرف و السلم فالقبض فيها) و إن كان شرطا للملك و لكنه (غير منصوص عليه) فيها فان قلت القبض فى الصرف منصوص علية فلا يصح نفيه قلنا كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت الملك ابتداء و في الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه (و لأنها) أي و لأن الأشياء المذكورة (عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة) يعني تناسب تعلق ضمان القسمة بخلاف الهبة فانها عقد التبرع (و القرض تبرع) هذا من تتمة الجواب عن قوله كالقرض و الوصية أي القرض تبرع (من وجه) بدليل انه لا يصح من الصبي و

---

(١) و المهايأة تلزمه الخ و فى البحر: و أما المهايأة فلا تجب فى ظاهر الرواية لأنها إعارة فان كل واحد منهما يصير معيرا نصيبه من صاحبه و الجبر على الاعارة غير مشروع و فى رواية تجب اه و فى المنحة على البحر: قوله: (و أما المهايأة فلا تجب الخ) قال بعض الفضلاء: الذى يفيده الزيلعيّ أنه يجبر على المهايأة لأنها قسمة المنافع و التبرع و قع فى العين فيكون إيجابا فى غير ما تبرع به فلا يبالى به و إنما المحظور الايجاب فى عين ما تبرع به و قال قاضى زادهْ بعد نقل أن المهايأة لا تجب مع علته عن صاحب غاية البيان لعل هذا الجواب غير صحيح لأن التهايؤ يجب و يجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء لا سيما فيما لا يقسم نص عليه فى عامة الكتب.

و عقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع قال و من وهب شقصاً

العبد (و عقد ضمان من وجه) فان المستقرض مضمون بالمثل (فشرطنا القبض القاصر) أي إذا كان كذلك فلشبهه التبرع شرطنا القبض كما في الهبة و لشبهه بعقد الضمان لم نشترط القسمة و هو معنى قوله (دون القسمة) كما في البيع فاكتفي في القرض بالقبض القاصر (عملاً بالشبهين) و هما شبه التبرع و شبه الضمان و انتصاب عملاً على التعليل أي لأجل العمل بالشبهين (على أن القبض غير منصوص عليه فيه) أي في القرض ليراعى وجوده على اكمل الجهات (و لو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع) هذا جواب سؤال يرد من جهة الخصم تقريره أن يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من أحد الأمرين إما أن يكون دائراً على نفس الشيوع أو على لزوم المطالبة بالقسمة إن قلتم بالأول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم و إن قلتم بالثاني يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه فانه لا يجوز عندكم مع انه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة و تقرير الجواب أن الحكم معلق بنفس الشيوع في محل يتصور فيه المطالبة بالقسمة لأنه إنما جعل مانعا لأجل المطالبة بالقسمة فأقيم الشيوع مقام المطالبة بالقسمة لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهبة نصيبه من شريكه من هذا القبيل فأقيم الشيوع فيه مقامها و قال الكاكي رحمه الله تعالى هذا في الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فان عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة قلت هذا بعيد و إن كان له وجه لأن هذا الكلام من تتمة الجواب عما أورد الخصم علينا على ما لا يخفى (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من (١) وهب شقصاً) بكسر الشين المعجمة و سكون القاف أي نصيباً

(١)و من وهب الخ و فى الدر المختار: (و لو سلمه شائعا لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه و ينفذ تصرف الواهب درر لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض و به يفتي و مثله فى البزازية على خلاف ما صححه فى العمادية لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنفؒ مع بقية أحكام المشاع اه و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله و لو سلمه شائعا الخ قال فى الفتاوى الخيرية و لا تفيد الملك فى ظاهر الرواية قال الزيلعى و لوسلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه و ينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى و قاضيخان و روى عن ابن رستم مثله و ذكر عصام انها تفيد الملك و به أخذ بعض المشايخ اه و مع افادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له و لو كان ذا رحم محرم من الواهب قال فى جامع الفصولين رامز الفتاوى الفضلى ثم اذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب =>

مشاعاً فالهبة فاسدة لما ذكرنا فإن قسمه و سلمه جاز لأن تمامه بالقبض و عنده لا شيوع قال و لو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة

(مشاعاً فالهبة فاسدة) معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزاً لأن الهبة في نفسها جائزة على ما قررناه عن قريب (لما ذكرنا) من ان الهبة فيما يقسم لا تجوز إلا محوزة مقسومة (فان (١) قسمه) أي فإن قسم المشاع و أفرز نصيبه (و سلمه) إلى الموهوب له (جاز) أي يثبت الملك حينئذ ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعاً فهلك عند الموهوب له ذكر ابن رستمٓ أنه يضمن و لا يفيد الملك و به أخذ الطحاوي رحمه الله تعالى و قال عصامٓ يفيد الملك و لا يكون مضمونا في يده و به أخذ بعض المشايخٓ كذا في فتاوى قاضي خان (لأن تمامه بالقبض و عنده) أي عند القبض (لا شيوع) فلا فساد (قال) أي القدوريٓ (و لو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة) الأصل

=> هبة فاسدة لذى رحم محرم منه اذ الفاسدة مضمونة على ما مر فاذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه و كما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد و يضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد اذا مات أحد المتبايعين فاورثته نقضه لأنه مستحق الرد و مضمون بالهلاك ثم من المقرر أن القضاء يتخصص فاذا ولى السلطان قاضيا ليقضى بمذهب أبى حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما فى الخيرية و أفتى به فى الحامدية أيضا و التاجية و به جزم في الجوهرة و البحر و نقل عن المبتغى بالغين المعجمة أنه لو باعه الموهوب له لا يصح و فى نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض و لا يثبت الملك فيها الا عند أداء العوض نص عليه محمد فى المبسوط و هو قول أبى يوسف اذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه و ذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبى حنيفة و فى القهستانى لا تفيد الملك و هو المختار كما فى المضمرات و هذا مروى عن أبى حنيفة و هو الصحيح اه فحيث علمت أنه ظاهر الرواية و انه نص عليه محمد و رووه عن أبى حنيفة ظهر أنه الذى عليه العمل و ان صرح بان المفتى به خلافه و لا سيما انه يكون ملكا خبيثا كما يأتى و يكون مضمونا كما علمته فلم يجد نفعا للموهوب له فاغتنمه و انما أكثرت النقل فى مثل هذه لكثرة و قوعها و عدم تنبيه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف و رجاء لدعوة نافعة فى الغيب (قوله بالقبض) لكن ملكا خبيثا و به يفتى قهستانى أى و هو مضمون كما علمته آنفا فتنبه و فى حاشية المنح و مع افادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل (قوله فى البزازية) عبارتها و هل يثبت الملك بالقبض قال الناطفى عند الامام لا يفيد الملك و فى بعض الفتاوى يثبت فيها فاسدا و به يفتى و نص فى الاصل أنه لو وهب نصف داره من آخر و سلمها اليه فباعها الموهوب له لم يجز دل أنه لا يملك حيث أبطل البيع بعد القبض و نص فى الفتاوى انه هو المختار و رأيت بخط بعض الافاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك و أنت تراه عزا رواية افادة الملك بالقبض و الافتاء بها الى بعض الفتاوى فلا تعارض رواية الاصل و لذا اختارها قاضيخان و قوله لفظ الفتوى الخ قد يقال بمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصيغة فى مثل سياق البزازى فاذا تاملته تقضى برجحان مادل عليه الأصل اه. (١)فان قسمه أى الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملى و التخلية فى الهبة الصحيحة قبض لا فى الفاسدة جامع الفصولين كذا فى الشامية.

فإن طحن و سلمه لم يجز و كذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم و لهذا لو استخرجه الغاصب يملكه و المعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع و الصوف على ظهر الغنم و الزرع و النخل في الأرض و التمر في النخيل بمنزلة المشاع

هنا أن المحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما إذا كان مشاعاً فانه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد على ما يجيء الآن (فان طحن) أى الحنطة (و سلمه) أى الدقيق (لم يجز و كذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم) يعني ليس بموجود بالفعل و إنما يحدث بالطحن و العصر و لا معتبر بكونه موجوداً بالقوة لأن عامة الممكنات كذلك و لا تسمى موجودة و بهذا خرج الجواب عما قيل ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقاً بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم (و لهذا) أي و لكون الموهوب معدوماً (لو استخرجه الغاصب) بأن غصب سمسما فاستخرج دهنه فانه (يملكه) لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً فلم يرد عليه الغصب (و المعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد (١) إلا بالتجديد) أي بتجديد العقد (بخلاف ما تقدم) و هو المشاع فانه لايحتاج فيه إلى تجديد العقد (لأن المشاع محل للتمليك) لكونه موجوداً وقت العقد و يتصور القبض فيه لكن لا على سبيل الكمال و لهذا يصح بيعه بالإجماع و المانع فيه لمعنى في غيره و هو العجز عن التسليم فاذا زال المانع انقلب جائزاً و قال الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره و لو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو وهب له سمناً من لبن قبل أن يسلأ او زبدا منه قبل أن يمخض أو دهناً من سمسم قبل أن يعصر أو زيتاً من زيتون أو دقيقا من حنطة و سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فان ذلك لا يجوز و لا يشبه هذا الدين يهبه و يسلطه على قبضه لأن الدين الذي في ذمة الغريم يجوز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه انتهى (وهبة اللبن في الضرع و الصوف على ظهر الغنم و الزرع و النخل في الأرض و التمر في النخيل بمنزلة المشاع) يعني لايجوز كما في المشاع و عند الثلاثة يجوز ثم عندنا إذا حلب (٢) اللبن و جز الصوف و سلمه

---

(١)فلا ينعقد إلا بالتجديد و هذا لأن الحنطة استحالت و صارت دقيقا و كذا غيرها و بعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لأنه محل للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز كذا في التبيين. (٢)إذا حلب الخ و فى الدر المختار: هل يكفى فصل الموهوب له باذن الواهب؟ ظاهر الدرر نعم اه و في رد المحتار: (قوله ظاهر الدرر نعم) أقول صرح به فى الخانية فقال و لو وهب زرعا بدون الارض أو تمرا =>

لأن امتناع الجواز للاتصال و ذلك يمنع القبض كالمشاع

و قبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذا وهبه و سلمه و كذا لو قطع الثمر و الزرع و سلمها (لأن امتناع الجواز للاتصال) أي بملك الواهب لا لكون هذه الاشياء معدومة بدليل ان الصوف على ظهر الغنم و اللبن في الضرع محل للتمليك حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و بالفصل ينعدم الشيوع و الأصل (١) في جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض و القبض الناقص يمنع صحة الهبة فعلى هذا إذا وهب داراً فيها متاع الواهب أو جراباً أو جوالقا فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة و لا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغاً مفرزا و يعتبر الإذن بالقبض بعد التفريغ و لا يكفي قوله سلمتها إليك مع الشغل فلو وهب ما في الدار و ما في الجراب أو الجوالق من الطعام فالهبة تامة لأن الموهوب هنا ليس بمشغول بملك الواهب و إنما هو شاغل لملكه و ذلك لا يوجب يدا للواهب على الموهوب غاية ما في الباب أن يد الواهب قائمة في الظرف و هو آلة للحفظ فيكون تبعا فثبوت اليد في التبع لا يوجب قيامه في الأصل و نظيره ما لو وهب جارية و عليها حلي فوهبها دون حليها و سلمها فالهبة تامة و كذا لو وهب الدابة و عليها سرج أو لجام دون السرج و اللجام

=> بدون النخل و أمره بالحصاد و الجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز لأن قبضه بالاذن يصح في المجلس و بعده و في الحامدية عن جامع الفتاوى و لو وهب زرعا في أرض أو ثمرا في شجر أو حلية سيف أو بناء دار أو دينارا على رجل أو قفيزا من صبرة و أمره بالحصاد و الجذاذ و النزع و النقض و القبض و الكيل ففعل صح إستحسانا الخ. (١)و الأصل الخ و في الشامية: تجوز هبة الشاغل لا المشغول فصولين أقول هذا ليس على إطلاقه فان الزرع و الشجر في الأرض شاغل لا مشغول و مع ذلك لا تجوز هبته لاتصاله بها تأمل خير الدين على الفصولين اه و في المنحة على البحر: (ت) رمز الزيادات: جاز هبة المشغول بملك غير الواهب فلو أعار بيتا فوضع فيه المعير متاعا غصبه ثم وهب البيت من المستعير جاز و كذا لو وهب بيتا بما فيه أو جوالقا بما فيه من المتاع و سلم ثم استحق المتاع جاز في الدار و الجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت و المتاع جميعا حقيقة فصح التسليم ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره و لم يظهر أن البيت مشغول بملك الواهب و هو المانع و كذا الرهن و الصدقة إذ القبض شرط تمامها كالهبة أقول في الفصولين: استدل بهذه المسائل على جواز هبة المشغول بملك غير الواهب و قد صرح في زيادات قاضيخان أن الاشتغال بملك غير الموهوب له يمنع صحة الهبة سواء كان ملك الواهب أو غيره لكن الهبة إنما تمتنع إذا كان الاشتغال بمتاع في يد الواهب أو في يد غير الموهوب له أما إذا كان المتاع في يد الموهوب له بغصب أو عارية أو غير ذلك فلا تمتنع و استدل عليه بما مر من مسائل الاجارة و الغصب و الاستحقاق فظهر أن الأصل أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له تمنع الهبة إذا لم يكن في يد الموهوب له و قد قررته في شرح لطائف الاشارات كذا في جامع الفصولين و أقره في نور العين.

قال و إذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة و إن لم يجدد فيه قبضاً لأن العين في قبضه و القبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه و إذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لأنه

و سلمها إليه فالهبة تامة و لو وهب السرج و اللجام دون الدابة فالهبة غير تامة (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا كانت العين في يد الموهوب له) بأن كانت وديعة أو عارية أو نحوها (ملكها بالهبة و إن لم يجدد فيه قبضاً لأن العين في قبضه و القبض هو الشرط) و هو موجود و الاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر و تغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشئ وديعة في يد شخص او عارية فوهبه إياه لا يحتاج الى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين و لو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف لأن في الأعلى ما فى الأدنى و زيادة فوجد القبض المحتاج اليه و زيادة شيء و لو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج إلى قبض لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في الذخيرة وغيره و ذكر (١) ابو نصر في شرحه لو كان مضموناً في يده بغيره كالمبيع المضمون بالثمن و المرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب بالهبة و لا بد من تجديد القبض و لو كان مضموناً في يده بالقيمة أو بالمثل كالمقبوض على سوم الشراء و المغصوب فوهب له يثبت الملك و لا يحتاج إلى تجديد القبض لوجود اصل القبض و زيادة فان قلت ما معنى تجديد القبض قلت هو أن ينتهي إلى موضع فيه العين و يمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه) أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون و هو الهبة و قد مر مستوفى (و إذا وهب الأب لابنه (٢) الصغير هبة (٣) ملكها الابن بالعقد) أي بمجرد العقد و هذا من مسائل القدوري (لأنه) أي لأن الموهوب

---

(١)ذكر ابو نصر الخ و فى الكافى من باب المتفرقات: تقابضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قابضا بنفس العقد لأن العرضين قائمان فكان كل واحد مضمونا بقيمة نفسه كالمغصوب و لو هلك أحدهما فتقايلا ثم جدد العقد فى القائم لا يصير قابضا بنفس العقد لأنه يصير مضمونا بقيمة العرض الآخر فشابه المرهون اه و ذكر فروعا تتعلق بالقبضين فراجعها كذا فى البحر. (٢)لابنه الصغير قيد بالصغير لأن الهبة للولد الكبير لا تتم إلا بقبضه و لو كان فى عياله كذا فى البحر معزيا إلى المحيط. (٣)هبة أطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فاستفيد منه أن الأم لو وهبت مهرها لولدها قبل أن تقبضه لا يتم إلا بقبض الولد بعد أن تسلطه عليه كذا فى فتاوى قاضيخان.

في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة و لا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لأنه في يد غيره أو في ملك غيره و الصدقة في هذا مثل الهبة

(في قبض الأب فينوب) أى قبض الأب (عن قبض الهبة) فلا يحتاج إلى قبض آخر و لا يشترط فيه الإشهاد إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد و قال (٢) ابن عبد البرّ أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا تحتاج إلى قبض جديد أما هل يحتاج إلى القبول لابنه الصغير فقال الشافعي رحمه الله تعالى و القاضي الحنبليّ لا بد أن يقول بعد قوله وهبته له قبلته و ظاهر مذهب أحمد رحمه الله تعالى لا يحتاج إلى هذا كقولنا و قال مالك رحمه الله تعالى لو وهب مالاً يعرف بعينه كالأثمان لم تتم إلا أن يضعها على يد غيره و يشهد عليه و عند القاضيّ لا فرق بين الأثمان وغيرها (و لا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيده) أي لأن يد المودع بالفتح كيد المودع بالكسر حكماً فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده فإن قلت لو وهب الوديعة من المودع يجوز فلو كانت يده كيده لم يكن قابضاً لنفسه قلت يده كيده مادام عاملاً له و ذلك قبل الهبة و أما بعدها فهو عامل لنفسه (بخلاف ما إذا كان) أي الموهوب للابن (مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لأنه) أى لأن المرهون أو المغصوب (في يد غيره) أي غير الأب فلا ينوب قبض المرتهن و الغاصب عن قبض الهبة للولد (أو في ملك غيره) أي أو هو فى ملك غير الأب اراد به المبيع بيعا فاسدا فلا ينوب قبض المشترى بالشراء الفاسد عن قبض الهبة للولد و فى الذخيرة أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه من ولده صحت الهبة لأنه في يده حكماً فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب فهو للولد و لا يصير ميراثاً و كذا لو وهب عبداً آبقا له من ابنه الصغير فما دام متردداً إلى دار الاسلام تجوز الهبة و الأب قابض له بنفس الهبة و في فتاوى أبي الليثّ وهب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاع الواهب جاز (٢) و في المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى رجل وهب دارا لابنه الصغير و فيها ساكن بأجر قال لا يجوز و لو كان بغير أجر يجوز لأن الأول يمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني (و الصدقة في هذا مثل الهبة) أراد أن الصدقة في الحكم المذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق

---

(١)قال ابن عبد البرّ الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص ٢٦٠ ج٦. (٢)جاز و فى العتابية: و هو الماخوذ به و عليه الفتوى (م): و سيأتي بعد هذا عن ابى حنيفة و ابى يوسف رحمهما الله تعالى ما يخالف هذا كذا فى المنحة.

و كذا إذا وهبت له أمه و هو في عيالها و الأب ميت و لا وصي له و كذلك كل من يعوله و إن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب لأنه يملك عليه الدائر بين النافع و الضائر فأولى أن يملك النافع

على ابنه الصغير ملكها الابن بعقد الصدقة فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن و الغاصب و المشتري بالشراء الفاسد و التعليل هو التعليل (و كذ إذا وهبت له أمه و هو) أي و الحال أنه (في عيالها و الأب ميت و لا وصي له) هاتان الجملتان أيضاً حال قيد بقوله و هو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية و قيد بموت الأب و عدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (و كذلك كل من يعوله) يعني كل من يعول الصغير إذا قبض الهبة له يصح كالأخ و العم و الأجنبي و عند الثلاثة إذا وهب للصبي غير الأب من الأولياء لا بد أن يوكل من يقبل له و يقبض له ليكون الإيجاب منه و القبول و القبض من غيره كما في البيع و قال ابن قدامة في المغني (١) و الصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء قيل أطلق جواز قبض هؤلاء و لكن ذكر في الايضاح و مختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة و هو الأب و وصيه و الجد أبو الأب بعد الأب و وصيه (٢) فأما (٣) مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن و سواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه و يسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة قلت إنه لم يطلق و لكنه اقتصر في التقييد و ذلك لأن قوله و كذلك كل من يعوله عطف على قوله و كذا إذا وهبت له أمه و هو مقيد بقوله و الاب ميت و لا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد و وصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام و وصيه كوصي الاب (و إن وهب له) أي للصغير (أجنبي هبة تمت بقبض الاب لأنه يملك عليه الدائر) أى الامر الدائر (بين النافع و الضائر فأولى أن يملك النافع) الضائر (٤) فاعل من ضار يضير و في بعض النسخ الضار

---

(١) المغنى ص ٢٦١ ج٦. (٢) و وصيه ثم الوالى ثم القاضى و وصى القاضى كذا فى الشامية. (٣) فاما مع وجود الخ و المراد بالوجود الحضور كذا فى البحر و فى البرجندى: اختلف فيما لو قبض من يعوله و الأب حاضر فقيل لا يجوز و الصحيح هو الجواز اه و ظاهر القهستانى ترجيحه و عزاه لفخر الاسلام وغيره كذا فى الدر المختار و فى رد المحتار: ولو قبض له من هو فى عياله مع حضور الأب قيل لا يجوز و قيل يجوز و به يفتى مشتمل الاحكام و الصحيح الجواز كما لو قبض الزوج و الأب حاضر خانية و الفتوى على أنه يجوز استروشنى. (٤) الضائر الخ =>

و إن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه و هو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب و إن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه و حفظ ماله و هذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية تحصيل النافع و كذا إذا كان فى حجر أجنبى يربيه لأن له عليه يدا معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبى آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا فى حقه و إن قبض الصبى الهبة بنفسه جاز معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع في حقه وهو من أهله

بتشديد الراء و كلاهما بمعنى واحد (و إن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه و هو) أي وليه (وصي الاب أو جد اليتيم أو وصيه) أى وصى الجد (جاز لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب و إن كان) أي اليتيم (في حجر أمه) أي كنفها و تربيتها (فقبضها له) أي قبض الأم الهبة لليتيم (جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه و حفظ ماله و هذا من بابه) أي قبض الهبة له من باب الحفظ (لأنه لا يبقى إلا بالمال) أي لأن حفظ اليتيم لا يبقى عادة إلا بقوت و ملبوس (فلا بد من ولاية تحصيل النافع و كذا إذا كان) أى اليتيم (في حجر أجنبي يربيه لأن له عليه يداً معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك) أى هذا الاجنبي (ما يتمحض نفعاً في حقه) لأنه صار كالخلف و الخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل (و إن قبض (١) الصبي الهبة بنفسه جاز معناه إذا كان (٢) عاقلاً لأنه) أى لأن قبض الهبة (نافع في حقه) أى حق الصبى (و هو من أهله) أي الصبي من أهل مباشرة ما يتمحض نفعاً له و في المبسوط هذا جواب الاستحسان و هو قولنا أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه و إن كان عاقلاً و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى و في رواية عن أحمد رحمه الله تعالى إن قبضه بإذن الولي صح و عنه كقولنا فإن قيل عقد الصبى إما

=> و فى اللسان: ضاره الأمر يضوره كيضيره ضيرا و ضورا (بالفتح فالسكون فيهما) أى ضره و زعم الكسائى أنه سمع بعض أهل العالية يقول: ما ينفعني ذلك و لا يضورني و الضير و الضور واحد فى التنزيل العزيز: لا ضير إنا إلى ربنا منقلبون معناه لا ضر يقال: لا ضير و لا ضور و لا ضر و لا ضرر و لا ضارورة بمعنى واحد اه ملخصا. (١)و إن قبض الخ أطلقه فشمل ما إذا كان الأب حيا أو ميتا كما صرح به فى الخلاصة و أشار إلى أنه كما يتم بقبضه يصح رده و لهذا قال فى المبتغى بالمعجمة: من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئا فرده يصح كما يصح قبوله اه و فى المبسوط: من وهب للصغير شيئا له أن يرجع فيه و ليس للأب التعويض من مال الصغير اه و فى فتاوى قاضيخان: و يبيع القاضى ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب فى هبته اه و قيد بالهبة لأن المديون لو دفع ما عليه للصبى و مستأجره لو دفع الأجرة إليه لا يصح و أفاد أنه تصح الهبة للصغير الذى لا يعقل و يقبضه وليه و أشار باطلاقه إلى أن الموهوب لو كان مديونا للصغير تصح الهبة و يسقط الدين كما صرح به قاضيخان فى فتاواه.
(٢)إذا كان عاقلا أى يكون مميزا يعقل التحصيل كذا فى البحر.

و فيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف و يملكه مع حضرة الاب بخلاف الام و كل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

أن يكون معتبراً أو لا فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه و إن كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه و في اعتبار الخلف توفيرها أيضاً لأنه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزاً نظراً له و لهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع و الضر سدا لباب المضرة عليه لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره برأي الولي (و فيما (١) وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف) بكسر الزاي مصدر من زففت العزوس إلى زوجها أي هديتها (لتفويض الأب أمورها اليه دلالة) حيث زفها إليه و هي صغيرة و أقامه مقام نفسه في حفظها و حفظ مالها و قبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز و ذكر المصنفُ الزفاف و ذكر في الايضاح الدخول و في الذخيرة شرط في قبض الزوج علي زوجته الصغيرة أن يكون يجامع مثلها حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض اصحابنا و الصحيح انه إذا كان يعولها صح قبضه عليها يجامع مثلها أو لا لما ذكرنا و لو أدركت لم يجز قبض الزوج و الأب لأنها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة كذا في المبسوط (بخلاف ما قبل الزفاف) لأنه قبل الزفاف لا يكون له عليها يد مستحقة (و يملكه) أي يملك الزوج قبض الهبة (مع حضرة الأب) احترز به عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً (بخلاف الأم و كل من يعولها) أى يعول الصغيرة (غيرها) أى غير الأم (حيث لا يملكونها) أى قبض الهبة لها (إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قوله (٢) في الصحيح

(١)و فيما وهب للصغيرة الخ قيد بقوله ما وهب لأن الزوج لا يملك قبض ديون زوجته مطلقا و اعلم أن ما وهب للعبد المحجور لا يملك المولى قبضه و إنما يملكه العبد و إذا قبضه ملكه المولى لأنه كسب عبده وكذا المكاتب لكن لا يملكه المولى لأنه أحق باكسابه كذا فى البحر معزوا إلى المحيط. (٢)قوله فى الصحيح الخ قال فى الكفاية: قوله فى الصحيح يتعلق بقوله حيث لا يملكونه و فى النهاية قوله فى الصحيح متعلق بقوله و يملكه مع حضرة الأب و انه بعيد و إنما قال فى الصحيح لأن فيه خلافا فى الخلاصة و ذكر الصدر الشهيدُ أن قوله فى الكتاب الأم إنما تملك قبض الهبة للصغير إذا لم يكن للصغير أب هذا ليس بأمر لازم فانه ذكر فى الأصل الأب اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة و لا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف و بعد البلوغ و ذكر فى فتاوى قاضيخانٌ و لو كان الصغير فى عيال الجد أو الأخ أو العم أو الأم فوهب له هبة فقبض الهبة من =>

لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب و مع حضوره لا ضرورة قال و إذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع و إن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يصح لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين داراً و له أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح و لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف

متعلق بقوله و يملكه مع حضرة الأب قال صاحب النهاية و إنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم و كل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد الموت أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها قلت كان حق الترتيب في التركيب أن يقول و يملكه مع حضرة الأب في الصحيح بخلاف الأم و عبارته لا تخلو عن الابهام (لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب و مع حضوره لا ضرورة) احترز بقوله لا بتفويض الأب عن تصرف الزوج لما ذكرنا أن ولاية الزوج بتفويضه أمورها دلالة إليه (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (و إذا وهب اثنان من واحد داراً (١) جاز لأنهما سلماها جملة و هو قد قبضها جملة فلا شيوع) لأن المانع هو الشيوع عند القبض و قد انتفى (و إن وهبها (٢) واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يصح لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين داراً) فانه يجوز فالهبة اولى لأن تاثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة و به قالت الثلاثة (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما) و هذا يثبت الملك في النصف هذا و في النصف هذا بالاجماع (و لهذا) أى و لأجل كون هذه هبة النصف من كل منهما (لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة) و لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف) هذا استدلال ثان و الفرق بين الاستدلالين أن الأول من جانب التمليك و هذا من جانب الملك فاذا ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف

=> كان الصغير في عياله و الأب حاضر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز و الصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج و أب الصغيرة حاضرة اه. (١)دارا المراد بها ما يقسم كذا في الشامية. (٢) و إن وهبها واحد الخ قيد بالهبة لأن الرهن من رجلين و الاجارة من اثنين جائز اتفاقا و قيد بكون الواهب واحدا لأن الواهب لو كان اثنين و الموهوب له كذلك على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما بعينه و نصيب الآخر للآخر لا يجوز اتفاقا كذا في النهاية.

فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه و على هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس و يثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع و لهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن و في الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز و لو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز و قالا يجوز للغنيين أيضاً جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر و الصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل

(فيكون التمليك كذلك) أى كالملك يكون لكل واحد منهما النصف (لأنه حكمه) أي لأن الملك حكم التمليك فاذا ثبت الملك مشاعاً ثبت التمليك كذلك إذ الحكم يثبت بقدر دليله (و على هذا الاعتبار) أى على الاعتبار المذكور و هو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعاً (يتحقق الشيوع) فتفسد الهبة فإن قلت هلا علقتم الملك بالتسليم و لا شيوع فيه دون القبض فان الملك إنما تعلق بالقبض لنفى الضمان عن المتبرع فوجب أن يعتبر جانبه و هو التسليم لا جانب القبض قلت التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكين من القبض على سبيل الكمال لأنه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم (بخلاف الرهن) جواب عما استشهدا به (لأن حكمه) أى حكم الرهن (الحبس و يثبت لكل واحد منهما) أى من المرتهنين (كملا) نصب على الحال من الضمير الذي في يثبت أى كاملاً فإذا كان حكمه الحبس (فلا شيوع فيه و لهذا) توضيح لما ذكره (لو قضى) أى الراهن (دين أحدهما) أى المرتهنين (لا يسترد شيئاً من الرهن) لأن حكمه الحبس فيتصور أن يكون ملك الحبس ثابتاً لكل واحد على الكمال إذ لا تضايق في الحبس بخلاف ملك العين فانه لا يتصور لكل واحد على الكمال (و في الجامع الصغير) إنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها و بين رواية المبسوط (إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز و لو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حاصل هذا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير و الصدقة مجازا عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود المجوز إذ كل منهما تمليك الغير بغير بدل (و قالا) أى قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجوز للغنيين ايضاً) أى كما يجوز للفقيرين مطلقاً فكذلك يجوز للغنيين مطلقاً (جعل) أى أبو حنيفة رحمه الله تعالى (كل واحد منهما) أى من الهبة و الصدقة (مجازاً عن الآخر و الصلاحية ثابتة) أى صلاحية جعل كل منهما مجازا عن الآخر ثابتة (لأن كل واحد منهما) أي من الهبة و الصدقة (تمليك بغير بدل) فاذا كان كل منهما تمليكاً بلا بدل يجوز استعارة احدهما عن الآخر لوجود العلاقة (و فرق) أى

و فرق بين الهبة و الصدقة في الحكم في الجامع و في الاصل سوى فقال و كذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض و وجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى و هو واحد و الهبة يراد بها وجه الغني و هما اثنان و قيل هذا هو الصحيح و المراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين و لو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها و للآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يجوز

محمد رحمه الله تعالى (بين الصدقة و الهبة في الحكم) حيث جوز الصدقة على الفقيرين و لم يجوز الهبة على الغنيين (في الجامع) أي الجامع الصغير هذا يتعلق بقوله فرق (و في الأصل) أي المبسوط (سوى) أي الحكم بين الصدقة و الهبة (فقال) يعني عقيب مسأله الهبة (و كذلك الصدقة) أي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده كما لا يجوز الهبة و هذا كما ترى لم يفرق بين الهبة و الصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز و علل بقوله (لأن الشيوع مانع في الفصلين) أي فصل الهبة و الصدقة (لتوقفهما) أي لتوقف الهبة و الصدقة (على القبض) و الشيوع يمنع القبض على الكمال (و وجه الفرق) أي بين الهبة من اثنين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و بين الصدقة على اثنين حيث تجوز (على هذه الرواية) أي رواية الجامع الصغير (ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى و هو واحد) لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها و إنما يصير للفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود فصار كالهبة إذا وقعت لواحد و قبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له (و الهبة يراد بها وجه الغني و هما اثنان) لأن فرض المسألة في اثنين (و قيل هذا هو الصحيح) أي المذكور في الجامع الصغير من جواز الصدقة على فقيرين هو الصحيح فاذا كان هذا هو الصحيح يحتاج ما ذكر في الأصل إلى التأويل أشار اليه بقوله (و المراد بالمذكور في الأصل) أي المبسوط (الصدقة على غنيين) فيكون مجازا للهبة و المجوز ما ذكرناه فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج إلى الفرق (و لو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها و للآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى يجوز) و به قالت الثلاثة إعلم ان التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الاجمال فان كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالصاد المهملة بالتفضيل بالضاد المعجمة كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص و وهبت لك ثلثه لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه و لآخر كذلك لم يذكره في الكتاب و إن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

و لو قال لأحدهما نصفها و للآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان فأبوحنيفة رحمه الله تعالى مر على أصله و كذا محمد رحمه الله تعالى و الفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملكِ في البعض فيتحقق الشيوع و لهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين و نص على الابعاض

مطلقا أى سواء كان متفاضلا أو متساوياً بناء على اصله و جاز عند محمد رحمه الله تعالى مطلقاً بناء على اصله و فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين المساواة و المفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز و في المساواة جوز في رواية أشار إليها بقوله (و لو قال لأحدهما نصفها و للآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان) هذا الذى يدل عليه ظاهر كلام المصنفؒ و جعل السغناقى هذا أعنى قوله و لو قال لاحدهما الى آخره تفصيلاً ابتدائيا و نقل عن عامة النسخ من الذخيرة و الايضاح و غيرهما أنه لم يجز بلا خلاف و ليس بظاهر لأن المصنفؒ عطف على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائياً (فأبو حنيفة رحمه الله تعالى مر على أصله و كذا محمد رحمه الله تعالى) أى وكذا محمد رحمه الله تعالى مر على أصله لأن هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوى أولا ألا ترى أن في البيع من رجلين يجعل بيعاً واحداً منهما نص على التفاضل أو لا فكذا هنا (و الفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع) هذا دليل على صورة التفصيل بالمهملة بالتفضيل بالمعجمة و على صورته بالتساوى على رواية الجواز و أما رواية عدم الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله و هو اصل محمد رحمه الله تعالى فليست بمحتاجة إلى دليل و بهذا التوجيه يظهر خلل ما قاله السغناقي إن في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض و ما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها و لهذا نصفها جاز و إنما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف إذا لم يتقدم الاجمال و ذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله و المذكور في الكتاب يدل عليه و أما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله (و لهذا) توضيح لدلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال و لهذا (لا يجوز إذا رهن من رجلين و نص على الابعاض) بان قال رهنتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا و النصف الآخر عند هذا كان هذا فاسداً لأن بالتفصيل يتفرق العقد فكذا ههنا أما إذا نص على

....

التناصف فقد أمكن تصحيح العقد بجعل هذا مجازاً عن موجب العقد لأن مطلق العقد يقتضيه فلا يكون حالة التفصيل مخالفاً لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغواً فلا يختلف العقد فلم يعتبر شيوعاً في العقد بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد لأن التفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره فيتفرق العقد و في الإسرار و كلام محمد رحمه الله تعالى أوضح لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد ههنا و لا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين و إنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب و المبطل للهبة نفس الشيوع لا شيوع بأنصب متفاوتة قال الكاكي و تأخير دليل محمد رحمه الله تعالى في المبسوط دليل على اختياره قول محمد رحمه الله تعالى و في نوارد ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى لو دفع درهمين فقال أحدهما لك هبة و الآخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعاً يضمن درهما و هو في الآخر أمين و إنما ضمن الدرهم الهبة لأنه أخذه على فساده لأن الهبة كانت غير مقسومة و هكذا نقل في الاجناس من النوادر و هذا يشعر بأن الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض لا يملكها الموهوب له ألا ترى إلى ما ذكر في المضاربة الكبيرة و لو دفع ألف درهم إلى رجل و قال نصفها هبة و نصفها مضاربة لم تجز الهبة لأنه مشاع و لو هلكت عند القابض ضمن النصف و هو خمسمائة درهم و قال الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال لرجل آخر لك درهم منهما فالمسألة على وجهين إن كانا مستويين (١) لا تجوز الهبة و إن كانا مختلفين تجوز و الفرق أن فى الأول تناولت الهبة أحدهما و هو مجهول و في الثاني تناولت قدر درهم منهما و هو مشاع لا يحتمل القسمة و قال فيها أيضاً رجل وهب لرجلين درهماً صحيحاً تكلموا فيه قال بعضهم لا يجوز لأن تنصيف الدرهم لا يضر فكان مشاعاً يحتمل القسمة و الصحيح أنه يجوز لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة فكان مشاعاً لا يحتمل القسمة و في التقريب للقدوري قد روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لرجلين وهبت مكنما هذه الدار لهذا نصفها و لهذا نصفها صحت الهبة و لو قال وهبت منك نصف هذه الدار و من الآخر نصفها لم تصح الهبة لأن في الأول أوقع العقد صفقة ثم فسر مقتضى الصفقة في القسمة و في الثاني فرق أحد الايجابين عن الآخر و في النتف هبة رجل من رجلين على اربعة أوجه احدها: أن يكون العقد مختلفاً و القبض مختلفاً ثانيها أن يكون العقد معاً و القبض مختلفاً و كلاهما لا يجوز و ثالثها: أن يكون العقد مختلفاً و القبض معا و رابعها: أن يكون كلاهما معاً بان يقولا قبلناها و قبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و هبة العين الواحدة لاثنين من

(١)مستويين أى فى الوزن و الجودة كذا فى الخانية.

باب ما يصح رجوعه و ما لا يصح

قال و إذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة و السلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده

اثنين لا يجوز عنده خلافاً لهما و لو كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافاً لهما قال صاحب المجتبى رحمه الله تعالى و فيه نظر و لو وهب لا بنيه صغير و كبير لا يجوز (١) بالاتفاق لتفرق القبض.

(باب ما يصح رجوعه و ما لا يصح)

لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بعقد باب عليها (قال) أى القدوريّ (و إذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) أي في الهبة و المراد الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان دون الأقوال ثم لصحة الرجوع قيود الأول أن يكون لأجنبي و هو ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان زا رحم و ليس بمحرم كبني الأعمام و الأخوال و من كان محرماً ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي الثاني: أن يكون قد سلمها اليه لأنه قبل التسليم يجوز مطلقاً الثالث: أن لا يقترن بشيء من موانع الرجوع و لعله لم ينبه على القيدين الأخيرين اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة و السلام) أى لقول النبى ﷺ (لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) و بقوله قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في ظاهر مذهبه و في هبة الوالد لولده عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية لا يرجع و عن مالك رحمه الله تعالى أنه إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب فزوج من الابن أو تزوج بالبنت فلا رجوع له و كذا إذا انتفع الولد به و في غير ذلك له الرجوع و للشافعي رحمه الله تعالى في غير الأب من الأصول قولان أحدهما لا رجوع لهم لأن الخبر و رد في الأب و أصحهما انهم كالأب و عن مالك رحمه الله تعالى أنه لا رجوع لهم سوى الأم و قال أحمد رحمه الله تعالى لا رجوع لها أيضاً و أما غير الأصول من الارقاب كالاخ و العم و سائر الاقارب فلا رجوع لهم كما لا رجوع للأجانب و قال ابن الحلاب المالكيّ

---

(١)لا يجوز و الحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير و يهبها منهما بزازية و أفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما و حيث اتحد وليهما فلا شيوع فى قبضه و يؤيده قول الخانية دارى هذه لولدى الاصاغر يكون باطلا لأنها هبة فاذا لم يبين الاولاد كان باطلا اهـ فافاد أنه لوبين صح و رأيت فى الأنقروى عن البزازية أن الحيلة فى صحة الهبة لصغير مع كبير أن يسلم الدار للكبير و يهبها منهما و لا يرد ما مر عن الخزانة و لو تصدق بدار على ولدين له صغيرين لم يجز لأنه مخالف لما فى المتون و الشروح سائحانى أى من أن الهبة لمن له ولاية تتم بالعقد كذا فى الشامية. (٢)قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٣٢٣ ج٦.

و لأن الرجوع يضاد التمليك و العقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءا له و لنا قوله عليه الصلاة و السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها

في كتاب التفريع و كل من وهب هبة فليس فيها رجعة إلا للوالدين خاصة فان لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يتداين أو يتزوج فإن تداين أو تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة فان تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها رجعة و إن باعها الولد و أخذ ثمنها لم يكن للوالد إلى الثمن فيها سبيل انتهى و في وجيز الشافعية (١) و لا رجوع فيه إلا للوالد فيما يهب لولده و في معناه الوالدة و الجد و كل أصل و قيل إنه يختص بالأب و إن تصدق الاب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف و مهما تلف الموهوب أو زال ملك المتهب فات الرجوع و لا يثبت طلب القيمة و قال (٢) الخرقيّ لا يحل لواهب ان يرجع في هبته و لا لمهد أن يرجع في هديته و إن لم يثب عليها إلا الاب و أما الحديث أخرجه (٣) اصحاب السنن الاربعةّ عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ قال لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده و مثل الذي يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فاذا شبع قاء ثم عاد في قيئه قال الترمذي رحمه الله تعالى حديث حسن صحيح و رواه (٤) ابن حبانّ في صحيحه و الحاكمّ في مستدركه و قال حديث صحيح الإسناد و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده و الطبراني رحمه الله تعالى في معجمه و الدارقطني رحمه الله تعالى في سننه (و لأن الرجوع يضاد التمليك و العقد لا يقتضى ما يضاده) فوجب ان يلزم كالبيع (بخلاف هبة الوالد لولده على أصله) أي على أصل الشافعي رحمه الله تعالى فإن من أصله أن للاب حق الملك في مال ابنه لأنه جزؤه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه و قوله بخلاف ...... إلى آخره جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد و تقريره انا لا نسلم ذلك (لأنه لم يتم التمليك لكونه جزء ا له) أي لكون الولد جزء ا للوالد لأن الولد كسبه أو بعضه فلم يتم التمليك كما في الزكاة (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) قال

---

(١)وجيز الشافعية مع العزيز ص٣٢١ ج٦. (٢)قال الخرقيّ الخ كذا فى المغنى ص٢٩٥ ج٦. (٣)أخرجه الخ قلت أخرجه ابوداود رحمه الله تعالى فى البيوع باب الرجوع فى الهبة ص١٤٣ ج٢ و الترمذى رحمه الله تعالى فيه باب ما جآء فى كراهية الرجوع من الهبة ص١٥٥ ج١ و النسائى رحمه الله تعالى فى الهبة (باب) رجوع الوالد فيما يعطى ولده ص١٣٦ ج٢ و ابن ماجة رحمه الله تعالى فى الهبات باب من أعطى ولده ثم رجع ص١٧٣.
(٤)رواه ابن حبان رحمه الله تعالى الخ كذا فى نصب الراية ص١٢٤ ج٤.

الاترازي رحمه الله تعالى فيه نظر لأنه من كلام علي رضى الله تعالى عنه لا من كلام النبي ﷺ و قد مر ذكره و أشار به إلى ما ذكره قبل هذا و حدث(١)الطحاوي رحمه الله تعالى قال حدثنا سليمان بن شعيب قال ثنا عبد الرحمن بن زياد قال ثنا شعبة عن جابر الجعفي قال سمعت القاسم بن عبدالرحمن يحدث عن عبد الرحمن بن أبزي عن علي رضى الله تعالى عنه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها و حدث الكرخيّ في مختصره قال حدثنا الحضرمى قال حدثنا يحيى قال حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن أبزي عن علي رضي الله تعالى عنه قال الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها قلت كيف يقول الأترازي رحمه الله تعالى فيه نظر فكأنه لم يطلع على كتب القوم و هذا الحديث قد رواه أبو هريرة و ابن عباس و ابن عمر رضي الله تعالى عنهم أما حديث أبي هريرة رضى الله تعالى فأخرجه (٢) ابن ماجة رحمه الله تعالى في الأحكام عن ابراهيم بن اسماعيل بن مجمع بن جارية الانصارى عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها و أخرجه (٣) الدارقطني رحمه الله تعالى في سننه و ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في مصنفه و أما حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه فله طريقان أحدهما (٤) عند الطبرانيّ في معجمه حدثنا محمد بن عثمان أبي شيبة حدثني أبي قال وجدت في كتاب أبي عن ابن ابى ليلى عن عطاء عن ابن عباس رضى الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها فإن رجع في هبته فهو كالذي يقيء ثم يأكل قيئه الطريق الثاني عند الدارقطني رحمه الله تعالى (٥) في سننه عن ابراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ قال من وهب هبة فارتجع بها فهو أحق بها ما لم يثب منها و لكنه كالكلب يعود في قيئه و أعله عبد الحقّ فى أحكامه بمحمد بن عبيد الله العرزمى قال ابن القطانّ كالمتعقب عليه و هو لم يصل إلى العرزمى إلا على لسان كذاب و هو ابراهيم بن ابى يحيى الاسلمى فلعل الجناية منه اه و اما حديث ابن عمر رضي الله عنه فرواه (٦) الحاكم رحمه الله تعالى في

(١)حدث الطحاوى فى شرح معانى الآثار كتاب الهبة و الصدقة ص٢٢٢ ج٢. (٢)أخرجه ابن ماجة رحمه الله تعالى فى الهبات باب من وهب هبة رجاء ثوابها ص١٧٤. (٣)أخرجه الدارقطنى رحمه الله تعالى فى البيوع ص٤٣ ج٣ و ابن ابى شيبة رحمه الله تعالى فى البيوع و الأقضية (باب) فى الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها ص٤٧٤ ج٦. (٤)احدهما عند الطبرانيّ الخ كذا فى نصب الراية ص١٢٥ ج٤. (٥)الدارقطنى رحمه الله تعالى فى البيوع ص٤٤ ج٣. (٦)رواه الحاكم رحمه الله تعالى فى المستدرك فى البيوع ص٥٢ ج٢ كذا فى نصب الراية مع الهامش ص١٢٦ ج٤.

أي لم يعوض و لأن المقصود بالعقد (١) هو التعويض للعادة فثبت ولاية الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله

المستدرك حدثنا أحمد بن حازم بن أبي عزرة ثنا عبيد الله بن موسى ثنا حنظلة بن أبي سفيان قال سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان النبي ﷺ قال من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها و قال حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا و رواه (٢) الدارقطني رحمه الله تعالى في سننه فإن قيل قد قال البيهقي رحمه الله تعالى غلط فيه عبيد الله بن موسى و الصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضى الله تعالى عنه من قوله و إسناد حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أليق إلا أن فيه إبراهيم بن اسماعيل و هو ضعيف عند أهل الحديث فلا يبعد منه الغلط و الصحيح رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر رضى الله تعالى عنه فرجع الحديث إلى عمر رضى الله تعالى عنه من قوله قلت حديث ابن عمر رضى الله تعالى صحيح مرفوعاً و رواته ثقات كذا قال عبد الحقّ في الأحكام و صححه ابن حزمٍ و كذا قال الحاكمُ كما ذكرنا و قد تابع ابن حزم علي بن سهل عند الدارقطنى فلا حمل إذاً على شيخ الحاكمِ و لا نسلم للبيهقي رحمه الله تعالى أنه وهم فيه عبيد الله بل يحمل على أن لعبيد الله فيه اسنادين لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق يدل على أن لغيره حقاً فيها و لا حق لغيره قبل التسليم و لأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق و إن شرط العوض قبله (أي لم يعوض) هذا ليس من الحديث بل هو تفسير لقوله ما لم يثب و هو على صيغة المجهول من الإثابة و هو التعويض و أصله من الثوب و هو الرجوع يقال ثاب الرجل يثوب ثوباً و ثوباناً (و لأن المقصود بالعقد) أى بعقد الهبة (هو التعويض للعادة فثبت ولاية الفسخ عند فواته) أي فوات المقصود (إذ العقد يقبله) أي الفسخ قيل فيه نظر لأن المقاصد بالهبات مختلفة فقد يكون المقصود مكافاة الموهوب على إحسانه و قد يكون الحاصل على الهبة مجرد المحبة و قد يكون المقصود نسج المودة أو النفع بالبدل أو بالجاه و تسمى رشوة أو العوض المالي و ليس المقصود منحصراً في التعويض بالمال حتى يقال إنه إذا لم يثب من الهبة بالمال و التعويض غير مشروط انه يجوز الرجوع فيها و يمكن أن يجاب عنه بأن المقصود غالباً هو العوض المالي أشار إليه بقوله للعادة يعني عادة الناس غالباً من هباتهم التعويض بالمال و لهذا يقال الايادي

(١) بالعقد –ن– بالهبة. (٢) رواه الدارقطني رحمه الله تعالى في البيوع ص٤٣ ج٣.

و المراد بما روي نفي استبداد الرجوع و اثباته للوالد فإنه يتملكه للحاجة و ذلك يسمى رجوعاً و قوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة و السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه

قروض و المعروف كالمشروط و قد تأيد ذلك بالشرع قال عليه الصلاة و السلام تهادوا تحابوا و التفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين فإن قيل يشكل على هذا ما إذا وهب لعبد ذي رحم محرم فإن له أن يرجع على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى مع انه ليس من أهل التعويض و كذا في هبة الفقير قلت هو من أهل أن يعوض بمنافعه التي توجد منه و من أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى و أما الهبة للفقير فعبارة عن الصدقة و قال صاحب العناية لأن العادة الظاهرة أن الانسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه و إلى من دونه ليخدمه و إلى من يساويه ليعوضه قلت فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث و مع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض (و المراد بما روى) أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي رحمه الله تعالى و هو على صيغة المجهول و يجوز صيغة المعلوم بأن يكون الشافعي رحمه الله تعالى فاعله و أشار بهذا الكلام إلى الجواب عن هذا الحديث تقريره أن المراد به (نفي استبداد الرجوع) أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء و لا رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك فانه يتفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء و لا رضاء و هو معنى قوله (و اثباته) أي اثبات الرجوع (للوالد فانه يتملكه للحاجة) أي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا (و ذلك يسمى رجوعاً) أراد أن رجوع الوالد عند الحاجة إنما يسمى رجوعاً باعتبار الظاهر و إن لم يكن رجوعاً في الحكم قيل فيه نظر لأن النبي عليه الصلاة و السلام أطلق استثناء الوالد و لم يقيد جواز رجوعه فيما وهب لولده بالحاجة فيجب إجراؤه على إطلاقه و تأويل آخر أن المراد لا يحل الرجوع ديانة و مروءة و لهذا جآء في أكثر الروايات بلفظ لا يحل فكان بمنزلة قوله عليه الصلاة و السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيت شبعان و جاره إلى جنبه طاو أي لا يليق ذلك ديانة و مروءة و إن كان ذلك جائزاً في الحكم إذا لم يكن عليه حق واجب و هكذا نقول لا يليق الرجوع ديانة و مروءة فيكون مكروهاً (و قول في الكتاب) أي قول القدوري رحمه الله تعالى في كتابه (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة) أي في الرجوع (فلازمة لقوله عليه الصلاة و السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه) هذا الحديث أخرجه (١) الجماعة إلا الترمذي

---

(١) أخرجه الجماعة الخ قلت أخرجه البخاري رحمه الله تعالى في الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته و صدقته ص٣٥٧ ج١ و مسلم رحمه الله تعالى في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة بعد القبض الخ =>

و هذا لاستقباحه

رحمه الله تعالى عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال قال النبي ﷺ العائد في هبته كالعائد في قيئه زاد أبو داود رحمه الله تعالى قال قتادة و لا نعلم القيء إلا حراما و يوجد في بعض نسخ الهداية العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه و هو كذلك في غالب كتب اصحابنا و هكذا أخرجه (١) البخاري و مسلم رحمهما الله تعالى عن طاووس عن ابن عباس رضى الله تعالى أن النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه (و هذا) أي التشبيه (لاستقباحه) و استقذاره لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي رحمه الله تعالى ألا ترى انه قال في رواية أخرى كالكلب يعود في قيئه و فعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة و به نقول إنه مستقبح قيل (٢) قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا أو القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه و لا إشكال و أما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية و كيف تكون إعانته على المعصية التي هي معصية أخرى منتجة للجواز و إذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام و لا يحرم الحلال و إنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلي حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً و قد اعترف

=> ص٣٦ ج٢ و ابو داود رحمه الله تعالى في البيوع باب الرجوع في الهبة ص١٤٣ ج٢ و النسائى رحمه الله تعالى فى الهبة ص١٣٨ ج٢ و ابن ماجة رحمه الله تعالى فى الهبات باب الرجوع فى الهبة ص١٧٣. (١)أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته و صدقته ص٣٥٧ ج١ و مسلم رحمه الله تعالى فى الهبات باب تحريم الرجوع فى الصدقة الخ ص٣٦ ج٢. (٢)قيل الخ أقول هذا الاشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ما ذا فان الذى كان مكروها إنما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها و الذى يكون محلا للقضاء إنما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضى لا يقول للواهب فى حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه و ليس فى قضائه هذا إعانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعى على أصل أئمتنا و هو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضى عليه و ان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها إليه يلزمه القاضى دفعها إليه و ليس فيه أيضا لزام المكروه لأن دفع الهبة إلى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع و إن كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضى لا يحلل الحرام و لا يحرم الحلال و لكن يجعل الضعيف قويا و المختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر فى موضعه ثم ان الضعيف إذا كان ناشئا من اختلاف العلماء فى مسئلة لا يمنع القاضى عن الاقدام على الحكم بها سيما إذا وافق مذهبه و ما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذا فيره كذا فى النتائج.

ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود

المصنفّ بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه مكروه و لا يقال إن اشتراط القضاء ليرتفع الخلاف لأن القضاء في مسائل الخلاف إنما يشترطه المخالف في ثبوت الحكم (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) أى ذكر القدوري رحمه الله تعالى بعض الموانع قيل الموانع سبعة و قد جمعها (١) القائل في قوله:

موانع الرجوع فى فصل الهبه يا صاحبى حروف دمع خزقه

فالدال الزيادة و الميم موت الواهب و العين العوض و الخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له و الزاي الزوجية و القاف القرابة و الهاء هلاك الموهوب و ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادهّ في مبسوطه أن الموانع تسعة و ذلك لأن الموت على قسمين موت الواهب و موت الموهوب له و التاسع التغير من جنس إلى جنس (فقال) أي القدورى رحمه الله تعالى (إلا أن يعوضه عنها) أى إلا أن يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة (لحصول المقصود) لأن مقصوده كان التعويض و قد حصل قال (٢) أصحابنا إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد و أما إذا عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لأنه غير مستحق على الموهوب له و إنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة و ليس كذلك إذا شرط في العقد لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع و تتعلق به الشفعة و يرد بالعيب فدل ذلك أنه قد صار عوضاً عنها و ذكر في التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع و لا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء و لا انتهاء

(١)جمعها القائل الخ كذا فى العناية و فى الشامية: قال الرملىّ قد نظم ذلك والدى العلامة شيخ الاسلام محي الدينّ فقال:

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض
و خروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

(٢)قال أصحابناّ الخ و فى الهندية: العوض نوعان متأخر عن العقد و التعويض (الثانى بيان ماهيته) فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين أصحابناّ يصح بما تصح به الهبة و يبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا فى إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع فى الاولى و لا يثبت فى الثانية فأما فيما وراء ذلك فهو فى حكم هبة مبتدأة و لو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرد و يرجع فى العوض و كذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض و يرجع فى الهبة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه سواء عوضه الموهوب له أو أجنبى بأمر الموهوب له أو بغير أمره كذا فى البدائع و يشترط شرائط الهبة فى العوض بعد الهبة من القبض و الحيازة و الافراز كذا فى خزانة المفتين و لا يكون فى معنى المعاوضة ابتداء و انتهاء فلا يثبت للشفيع الشفعة و لا للموهوب له الرد بالعيب كذا فى محيط السرخسىّ.

أو يزيد زيادة متصلة

(أو يزيد) أى العين الموهوبة (زيادة (١) متصلة) كالغرس و البناء و السمن و به (٢) قال أحمد رحمه الله تعالى و في رواية أخرى لا تمنع الرجوع في هبة الوالد لولده و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يمنع هذه الزيادة من الرجوع في موضع الرجوع و في (٣) الروضة إن كانت الزيادة منفصلة كالولد و الكسب رجع في الأصل و بقيت الزيادة للمتهب و لو كان الموهوب ثوباً فصبغه الإبن رجع في الثوب و الابن شريك بالصبغ و لو قصره أو كان الموهوب حنطة فطحنها أو غزلاً فنسجه فإن لم تزد قيمته فللأب الرجوع و لا شيء للابن و إن زادت فإن قلنا القصارة عين فالأبن شريك و إن قلنا أثر فلا شيء له و لو كانت ارضاً فنبى فيها الابن أو غرس رجع الأب في الأرض و ليس له قلع البناء و الغراس مجاناً لكنه يتخير بين الابقاء باجرة أو التملك بالقيمة أو القلع و غرامة النقصان كما في العارية انتهى و مذهب مالك رحمه الله تعالى في هذا الفصل انه

(١)زيادة متصلة الخ و فى البحر: قيد بالزياده لأن النقصان كالحبلى و قطع الثوب بفعل الموهوب له أو لا غير مانع و قيد بالمتصلة لأن المنفصلة كالولد و الأرش و العقر غير مانع من الرجوع فى الأصل و الزيادة للموهوب له بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد و مراده الزيادة فى العين الموجبة لزيادة القيمة فدخل الجمال و الخياطة و الصبغ و زيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان و إسلام العبد و عفو ولى الجناية عنه و سماع الأصم و إبصار الاعمى و خرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع و الزيادة فى العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ و تعليمه القرآن أوالكتابة أو الصنعة و البناء و الغرس إذا كان لا يوجب زيادة فى الأرض كبناء تنور الخبز فى غير محله و إن كان يوجب فى قطعة منها امتنع فيها فقط و قد ذكر قاضيخانٌ فى فتاواه ما يخالف بعضه فذكر أن الزيادة لو ذهبت كان للواهب أن يرجع فى هبته و لو علمه القرآن أو الكتابة أو القراءة أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئا من الحروف لا يرجع الواهب فى هبته لحدوث الزيادة فى العين و ذكر فى المحيط الأولى بلا خلاف و الثانية على خلاف و المسئلة الأولى مذكورة فى الكافى للحاكم ثم قال و لو وهب جارية فى دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلي دار الاسلام ليس له الرجوع و قصارة الثوب زيادة بخلاف غسله و فتله إن لم يزد فى الثمن و لو قطعت يده و أخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع و لا يأخذ الأرش و لو مرض عنده فداواه لا يمتنع الرجوع بخلاف ما لو كان مريضا فداواه فانه يمتنع كذا فى المحيط و نقط المصحف باعرابه زيادة مانعة عن الرجوع و قطع الشجرة من مكانها غير مانع كجعلها حطبا بخلاف جعلها ابوابا و جذوعا و فى المحيط: و هب ثوبا فشقه نصفين و خاط نصفه قباء له أن يرجع فى النصف الباقى لأنه لا مانع فى النصف الباقى و لو وهب حلقة فركب فيها فصا إن كان لا يمكن نزعه إلا بضرر لا يرجع و إن كان يمكن بغير ضرر يرجع و إن وهب له ورقة فكتب فيها سورة أو بعض سورة يرجع لأنه لا يزيد فى ثمنه و إن قطعه مصحفا و كتب لا يرجع لأنه يزيد فى الثمن و إن كانت دفاتر ثم كتب فيها فقها أو حديثا أو شعرا إن كان يزيد فى ثمنه لا يرجع و إن نقص يرجع اه. (٢)و به قال احمد رحمه الله تعالى كذا فى المغنى ص٢٧٨ ج٦. (٣)و فى الروضة الخ و كذا فى شرح الوجيز ص٣٢٧ ج٦.

لأنه لا وجه إلي الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان و لا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد

يمنع الرجوع كمذهبنا و قال في الجواهر و لو زادت أي العين الموهوبة في عينها أو نقصت منع ذلك من الرجوع فيها و فيه ايضاً و تغير الهبة في قيمتها بتغير الأسواق لا يمنع من الرجوع فيها انتهى و إنما قيد بقوله متصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع و في الذخيرة لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها و المراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب له بشيء يوجب زيادة في القيمة أما لو زاد في نفسه و لم يوجب ذلك زيادة في قيمته كما لو طال الغلام فلا يمنع الرجوع و لا يمنع أيضاً الزيادة توجب نقصاً فيه و الزيادة من حيث السعر لا تمنع أيضاً و كذا الحكم في جميع الحيوانات و الثمار و غير ذلك ذكره في المحيط فإن (١) قيل ما الفرق بين الرد بالعيب و الرجوع في الهبة فى أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة و المتصلة بالعكس و أجيب بأن الرد في المنفصلة إما أن يرد على الأصل و الزيادة جميعا أو على الأصل وحده لا سبيل إلي الأول لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية و الأول لا يصح لأن العقد لم يرد عليها و الفسخ يرد على مورد العقد و كذلك الثاني لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة و لا إلي الثاني لأنه تبقى الزيادة في يد المشترى مجاناً و هو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا و أما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه إسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك و لا باختياره فكانت مانعة (لأنه) أي لأن الشأن (لا وجه إلي الرجوع فيها) أى في العين الموهوبة (دون الزيادة لعدم الإمكان) أى لعدم امكان الفصل (و لا مع الزيادة) أى و لا وجه للرجوع ايضاً مع الزيادة (لعدم دخولها تحت العقد) أي لعدم دخول الزيادة في العقد لأنها ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها و الفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة فامتنع الرجوع أصلا و لو اختلفا (٢) في الزيادة فالقول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد و

(١)فان قيل الخ كذا فى العناية. (٢)و لو اختلفا الخ و ذكر فى فتاوى قاضيخان تفصيلا حسنا و هو أن الزيادة المتولدة ككبر الجارية الصغيرة إذا أنكر الواهب وجودها عند الموهوب له كان القول قوله و أما فى البناء و الخياطة و نحوها كان القول قول الموهوب له و هكذا فى المحيط إلا أنه استثنى ما إذا كان لا يبنى فى مثل تلك المدة قال و كذلك فى الصبغ و لت السويق بسمن لأنها مما يقبل الانفكاك و المدعى يدعى أنه وهب له هذه الزيادة و الموهوب له منكر فيكون القول قوله كذا فى البحر.

قال أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته و إذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه أو يخرج الهبة

عند زفر رحمه الله تعالى القول للموهوب له لأنه ينكر حق الواهب في الرجوع (قال أو يموت (١) أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته) لأن الثابت للوارث و إن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلى المحل حتى يرد بالعيب و يرد عليه و لكن في حق المالك هو ملك جديد لأنه صار له بعد أن لم يكن و لهذا يجب الاستبراء و يحل له لو كان صدقة فصار كأنه انتقل إليه في حال حياته فيمنع الرجوع و بهذا خرج الجواب عما يقال لم يجعل موت المورث في حق خيار العيب بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة و جعل ههنا بمنزلة انتقاله إليهم و تحقيق الجواب أن التوريث إنما يجرى في الاعيان لا في الاوصاف و في خيار العيب يستحق المورث سليماً و الذي اشتراه معيباً هو الذي انتقل إلى وارثه فيكون له الخيار في العين و أما ههنا فليس له ذلك لأنه يؤدى إلى توريث الخيار و هو وصف محض فلا يصح(و إذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو) أى وارث الواهب (ما أوجبه) أي ما أوجب الملك للموهوب له فلا يكون له حق الرجوع بالنص لأنه أوجب الرجوع للواهب و هو ليس بواهب (قال) أى القدوري رحمه الله تعالى (أو يخرج (٢) الهبة) أى العين الموهوبة و في بعض النسخ

(١)أو يموت احد المتعاقدين يعنى بعد التسليم قيدنا بكون الموت بعد التسليم لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم الملك و رجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت فان كان الحربى أذن للمسلم فى قبضه و قبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحسانا بخلاف قبضه بعد موت الواهب كذا فى المبسوط و فى الدر المختار: و قد نظم المصنفّ ما يسقط بالموت فقال:

كفارة ديه خراج و رابع ضمان لعتق هكذا نفقات
كذا هبة حكم الجميع سقوطها بموت لما أن الجميع صلات

و فى رد المحتار على الدر المختار: (قوله كفارة) سقوطها إذا لم يوص بها و كذا الخراج (قوله ديه) بسكون الهاء و خراج باسكان الجيم و لو قال هكذا لكان موزونا "خراج ديات ثم كفارة كذا" (قوله ضمان) أى إذا أعتق نصيبه موسرا فضمنه شريكه (قوله نفقات) أى غير المستدانة بأمر القاضى (قوله صلات) بكسر الصاد. (٢)يخرج الهبة الخ أطلق فى الخروج فشمل ما إذا وهب لانسان دراهم ثم استقرضها منه فانه لا يرجع فيها لاستهلاكها كذا فى فتاوى قاضيخان و شمل أيضا ما إذا وهبها الموهوب له فانه لا رجوع للواهب الأول إلا إذا رجع الثانى فللواهب الأول حينئذ الرجوع سواء كان بقبض أو تراض كذا فى المبسوط و شمل أيضا ما لو وهب لمكاتب انسان ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك فى الهبة عند محمد رحمه الله تعالى لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى و فى المحيط: و لو تصدق به الثالث على الثانى أو باعها منه لم يكن للأول أن يرجع لأن هذا ملك جديد لأنه عاد إليه بسبب جديد و حق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك فلا يرجع اه فأفاد =>

عن ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه و لأنه يتجدد الملك بتجدد سببه قال و إن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتاً أو دكاناً أو آريا و كان ذلك زيادة فيها

أو يخرج الموهوب (عن ملك الموهوب له لأنه حصل بتسليطه) أى لأن خروج ملك الموهوب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط الواهب (فلا ينقضه) أى الواهب لأن سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود (و لأنه يتجدد الملك بتجدد سببه) و هو التمليك و تبدل الملك كتبدل العين و فى تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إن وهب لآخر أرضاً بيضاء) أراد به أرضاً خالية مكشوفة عن الشواغل (فأنبت) أى الموهوب له (في ناحية منها نخلا أو بنى بيتاً أو دكانا) و هي صفة مرتفعة و فى عرف الناس الدكان (١) هو الذي يسكنه السوقي و هو معروف (أو آريا) بفتح الهمزة و كسر الراء و تشديد الياء آخر الحروف و هو المعلف عند العامة و هو مراد الفقهاء و الآرى (٢) في اللغة محبس الدابة و قد تسمي الاخية آريا و هو حبل تشد به الدابة فى محبسها و هو فى التقدير فاعول و الجمع الأوارى يخفف و يشدد تقول منه أريت للدابة تأرية و الدابة تأرى إلى الدابة إذا انضمت إليها و ألفت معها معلفا واحدا و تأريت بالمكان أقمت به (و كان ذلك) الواو للحال و التقدير و الحال أنه قد كان ذلك و الإشارة إلى المذكور من قوله انبت في ناحية منها نخلا إلى آخره (زيادة فيها) أي في الارض و الزيادة فى الأرض قد لا تعد زيادة و قد تكون زيادة فى الكل بأن ازدادت بها قيمة الكل و قد تعذر زيادة فى قطعة منها كما إذا بنى دكانا بعد ذلك زيادة في الدار لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة فى كل الدار فانه يزداد بها قيمة كل الدار و كما إذا كان في إحدى

=> أن العين إذا عادت إلى ملك الموهوب له بفسخ كان للأول الرجوع و إن كان بسبب جديد فلا و أطلق فى الخروج عن الملك فانصرف إلى الخروج من كل وجه فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها و صارت لحما فانه لا يمتنع الرجوع فى الهبة عند ابى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لعدم الخروج عن الملك و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى بامتناعه لأنها خرجت عن ملكه إلى الله تعالى كذا فى شرح المجمع و لو ذبحها من غير أضحية يبقى حق الرجوع اتفاقا كذا فى البحر. (١)الدكان الخ و فى تاج العروس: (الدكان كرمان) وهى الدكة المبنية للجلوس عليها و هو عند ابى الحسن مشتق من الدكاء و هى الارض المنبسطة فحينئذ النون زائدة و قد ذكره المصنف هناك أيضا و قيل الدكان (الحانوت ج دكاكين) كما فى الصحاح و مر له تفسير الحانوت بدكان الخمار فالظاهر أن الدكان أعم قاله شيخنا و هو فارسى (معرب) كما فى الصحاح و صرح النووى بأنه مذكر قال شيخنا فاذا كان معربا فالصواب إصالة النون إذ المعرب لا يعرف له إشتقاق و لا يدخله تصريف على الاصح اه. (٢)و الآرى فى اللغة الخ كذا فى الصحاح للجوهرى.

فليس له أن يرجع في شئ منها لأن هذه زيادة متصلة و قوله و كان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً و قد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لأن الامتناع بقدر المانع و إن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى و إن وهب هبة لذي رحم محرم

عينى الجارية بياض فزال البياض فالزيادة فى عينها تكون زيادة فى كل الجارية و إن كانت فى موضع خاص كذا هذا (فليس له أن يرجع فى شئ منها لأن هذه زيادة متصلة) فالا تصال يمنع الرجوع (و قوله و كان ذلك زيادة فيها) اشار بهذا إلى بيان فائدة التقييد في الجامع الصغير بقوله و كان ذلك زيادة فيها (إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلا و قد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها) أى في غير القطعة التي فيها الزيادة و قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي هذا إذا كانت الارض صغيرة يزيدها الغرس فأما إذا كانت كبيرة و غرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في ذلك المكان الذي غرس فيه الاشجار فيكون وضع مسألة الكتاب في الأرض الصغيرة قال و إن كانت الهبة داراً فانهدم البناء كان له أن يرجع في الباقي لأن هذا نقصان في الهبة و النقصان لا يمنع الرجوع و كذلك إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره ينقطع حقه في المستهلك و يبقى فى الباقى و فى الفتاوى و لو علق سلسلة أو حبلا فى المسجد أو وضع فيه بوارى أو بابا أو جصص ليس له الرجوع لأنه يترك عادة و لو وضع فيه حباً أو علق قنديلاً له الرجوع و الثقب في اللؤلوة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع و لو وهب عبداً صغيراً فشاخ و نقصت قيمته سقط الرجوع لأنه زاد في يده و لو ازدادت قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (فان باع نصفها غير مقسوم) أي إن باع الموهوب له نصف الأرض الموهوبة حال كونه غير مقسوم (رجع في الباقي لأن الامتناع بقدر المانع و إن لم يبع شيئا منها) أى من الأرض الموهوبة (له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى) هذا كله ظاهر غني عن زيادة البيان (و إن (١) وهب هبة لذي رحم محرم

---

(١) و إن وهب الخ أطلقه فشمل المحرم المسلم و الذمى و المستأمن كذا فى المبسوط و قيد بالرحم لأن المحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع و أمهات النساء و الربائب و أزواج البنين و البنات لا يمنع الرجوع و قيد بالمحرم لأن الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع و لو وهب لرحم محرم لا من جهة القرابة كان له الرجوع كما لو وهب لابن عمه و هو أخوه رضاعا و لو وهب لعبد أخيه أو لأخيه و هو عبد لأجنبى كان له الرجوع فيها عند =>

منه لم يرجع فيها لقوله عليه الصلاة و السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها

منه لم يرجع فيها) و به (١) قالت الثلاثة و في هبة أحد الزوجين لآخر لا رجوع فيها أيضاً و به (٢) قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و في رواية أخرى يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس (لقوله عليه الصلاة و السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها) هذا الحديث أخرجه (٣) الحاكم في مستدركه في البيوع و الدار قطني و البيهقي رحمهما الله تعالى في سننيهما عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها فإن قلت هذا الحديث ضعفه البيهقي رحمه الله تعالى و قال ابن الجوزي في التحقيق و عبد الله بن جعفر هذا ضعيف قلت خطأه صاحب التنقيح و قال بل هو ثقة من رجال الصحيحين و رواة هذا الحديث كلهم ثقات و لكنه حديث (٤) منكر و هو من أنكر ما روى عن الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه اه و قال (٥) الحاكم هذا حديث صحيح على شرط البخاري

=> ابى حنيفة رحمه الله تعالى لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب إليه إذا احتاج إليه و قالا لا يرجع في الأولى و يرجع فى الثانية و لو كان ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها إتفاقا على الأصح لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع كذا فى المبسوط و لو عجز قريبه المكاتب فعند محمد رحمه الله تعالى لا يرجع خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى و إن عتق لا رجوع و إن كان مولاه قريبا للواهب رجع عجز المكاتب أو عتق عند الامام و فى فتاوى قاضيخان: و لو وهب لأخيه و لأجنبي شيئا فقبضاه كان له أن يرجع فى نصيب الأجنبى كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: قوله (و لو كان ذا رحم محرم من الواهب) كأن يكون أخوه من أبيه مملوكا لأخيه من أمه. (١)و به قالت الثلاثة الخ كذا فى المغنى ص٢٩٧ ج٦. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص٢٩٧ ج٦ و فيه أيضا و هو قول عمر بن عبد العزيز و النخعي و ربيعة و الثورى و عطاء و قتادة و ابى ثور رحمهم الله تعالى. (٣)أخرجه الحاكم فى مستدركه فى البيوع ص٥٢ ج٢ و الدارقطنى رحمه الله تعالى فى البيوع ص٤٤ ج٣ و البيهقى رحمه الله تعالى فى الهبات باب المكافأة فى الهبة ص١٨١ ج٦. (٤)حديث منكر قلت حكم النكارة راجع إلى ذوق المجتهد فيمكن أن يكون منكرا عند صاحب التنقيح و لا يكون منكرا عند غيره الذى صححه على شرط البخارى رحمه الله تعالى و الذى أقر هذا التصحيح لاسيما و قد تأيد بموقوف عمر رضى الله تعالى عنه كذا فى الاعلاء ص١١٧ ج١٦. (٥)قال الحاكم هذا حديث صحيح الخ و أقره الذهبى فى التلخيص و كذا سكت عليه ابن حجر فى التلخيص الحبير كذا فى الاعلاء أقول و فى الباب عن عمر رضى الله تعالى عنه موقوفا: من وهب هبة بصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها و من وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبة يرجع فيها إن لم يرض بها أخرجه مالك و عبد الرزاق و مسدد و الطحاوى كذا فى كنز العمال (ص٣٢٦ ج٨) و سنده صحيح كما فى المحلى (ص١٣٢ ج٩) و عن ابن عمر رضى الله تعالى عنه عن عمر رضى الله تعالى عنه قال من وهب هبة فلم يثب منها فهو أحق بهبته إلا لذى رحم أخرجه سعيد بن منصور و البيهقى كذا فى كنز العمال و صححه ابن حزم فى المحلى ثم حديث سمرة رضى الله تعالى عنه =>

و لأن المقصود صلة الرحم و قد حصل و كذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة و إنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها

و لم يخرجاه و لكن تعقبه الشيخ تقي الدين في الإمام و قال بل هو على شرط الترمذي فان قلت قال البيهقي حديث الحسن عن سمرة رضى الله تعالى هذا ليس بالقوي قلت قد ذكر هو في كتاب (١) البيوع في سننه حديث الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم و صحح اسناده و قال قد احتج البخاري رحمه الله تعالى بالحسن رحمه لله تعالى عن سمرة رضى الله تعالى عنه فالعجب كل العجب من البيهقي رحمه الله تعالى إذا كان الحديث له يصححه بالاسناد الذي يضعفه عند كونه عليه و العجب أيضاً من بعض من يتصدى في إلقاء الانظار في هذا الكتاب أنه قال هذا الحديث ضعفه البيهقي رحمه الله تعالى و سكت على هذا و مضى ظاناً انه ينظر و العجب ايضاً من الأترازي رحمه الله تعالى مع دعواه العريضة في الحديث حيث قال في شرحه قيل هذا قول عمر رضى الله تعالى عنه و كذلك قال الكاكي رحمه الله تعالى ثم روى حديثاً آخر ضعيفاً و سكت عن الصحيح و انتصر بالضعيف (و لأن المقصود صلة الرحم و قد حصل) وكل عقد أفاد المقصود لزم و إن وهب لقن أخيه أو لأخيه القن يرجع خلافاً لهما في الأولى (و كذلك ما وهب (٢) أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة) يعني أن ما بينهما من ربط أحد الزوجين بالآخر نظير القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب و عدم قبول الشهادة (و إنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها) أى في

=> يقيد ذا الرحم بكونه محرما و أثر عمر رضى الله تعالى عنه ساكت عن هذا القيد فيرجع الساكت إلى الناطق فان قلت إن المطلق عندكم يجرى على إطلاقه و المقيد على تقييده فكيف ترجعون المطلق إلى المقيد؟ قلنا هذا إذا ورد المطلق و المقيد في كلام صاحب الشرع و ههنا ليس كذلك كما لا يخفى فيرجع كلام غير الشارع إلى كلام الشارع قال العبد الضعيف: فاندحض بذلك قول ابن حزم: إن حديث عمر رضى الله تعالى عنه عليهم لا لهم لأنه لم يخص رحما محرمة من غير محرمة و هذا خلاف قول الحنفيين اه كذا فى الاعلاء. (١)كتاب البيوع باب بيع اللحم بالحيوان ص٢٩٦ ج٥ قلت: قال الترمذى رحمه الله تعالى في جامعه فى البيوع تحت باب ما جآء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسئة: سماع الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه صحيح هكذا قال على بن المديني وغيره اه و فى الجوهر النقى عن الاستذكار: قال الترمذى رحمه الله تعالى قلت للبخارى رحمه الله تعالى فى قولهم لم يسمع الحسن من سمرة رضى الله تعالى عنه إلا حديث العقيقة قال سمع منه احاديث كثيرة و جعل روايته عنه سماعا و صححها اه. (٢)و هب أحد الزوجين للآخر سواء كان احد الزوجين مسلما أو كافرا كذا فى الهندية معزيا إلى الاختيار شرح المختار.

و لو أبانها بعدما وهب فلا رجوع قال و إذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود و هذه العبارات تؤدي معنى واحداً و إن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً

الهبة لوقوع الهبة لأجنبية و كان مقصوده العوض و لم يحصل (و لو أبانها بعدما وهب فلا رجوع) لأنها وقت الهبة زوجته و قال(١) الإمام الاسبيجابي في شرح الكافي رجل وهب لأمرأة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها لأنه لم يقع مجازاة و لا صلة و إن وهب لها هبة ثم أبانها لم يكن له ان يرجع فيها لأنه حصل المقصود بهذه الهبة و هو تحقيق الصلة حال وقوعها فيطل حق الرجوع (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود) الشرط فيه أن يعلم أنه عوض هبته فاذا لم يعلم فله الرجوع في هبته و للموهوب له في عوضه و في جامع قاضي خان و فتاواه صورة التعويض أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول الموهوب له هذا عوض هبتك أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك أما إذا وهب من الواهب شيئا و لم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته و في المبسوط سواء كان العوض شيئاً قليلا أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها لأن هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيه الربا و لا بد أن يكون العوض من مال هو غير الموهوب حتى لو عوض شيئاً من الموهوب عوض الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم و العوض درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز و كذلك لو كانت الهبة داراً و العوض بيت منها لا يجوز و عند زفر رحمه الله تعالى يجوز و يشترط شرائط الهبة في العوض من القبض و الإفراز لأنه تبرع (و هذه العبارات تؤدي معنى واحدا) لأن هذه الألفاظ كلها تدل على المكافأة فحصل مقصود الواهب و انقطع الرجوع (و إن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً) أي حال كونه متبرعاً هذا ليس بقيد فان الحكم في غير المتبرع كذلك حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب له أو عوضه بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع و إنما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الاولى و لكن لو عوضه بأمر

(١)قال الامام الاسبيجابي الخ و في الخانية من المهر: بعث إلى إمرأته متاعا و بعثت أيضا ثم افترقا بعد الزفاف و ادعى أنه عارية و أراد الاسترداد و أرادت الاسترداد أيضا يسترد كل ما أعطى لأن المرأة زعمت أن الاعطاء كان عوضا عن الهبة لم تثبت الهبة فلا يثبت العوض اه و في الخانية من الهبة: و لو وهبت المرأة شيئا لزوجها و ادعت أنه استكرهها في الهبة يسمع دعواها اه.

فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع و الصلح و إذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه و إن استحق نصف العوض

الموهوب لا يرجع بالعوض عليه إلا أن يضمنه الموهوب له صريحاً بخلاف قضاء الدين فانه لو قضى دين آخر بأمره يرجع عليه سواء ضمنه صريحاً أو لا و الفرق (١) أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه فكان في الأمر بالاداء إسقاط المطالبة بمال يستحق عليه فيملك ما في ذمته فيرجع عليه أما العوض في الهبة غير مستحق على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه و التبرع بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان و قال الكرخي في مختصره لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب له الواهب عن هبته و قبض العوض لم يكن للواهب أن يرجع في هبته سواء عوض بأمر الموهوب له أو بغير أمره و لا للمعوض أيضاً أن يرجع في العوض على الواهب و لا على الموهوب له و قال شمس الأئمة البيهقي رحمه الله تعالى في الكفاية و لا يرجع على الموهب له إلا إذا قال عوض عني على أني ضامن (فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق) أى حق الرجوع (فيصح من الأجنبي كبدل الخلع و الصلح) أى من الأجنبي فان المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها فجاز أن يكون البدل على الأجنبي و كذلك الصلح عن انكار لأنه لما لم يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصومة يجوز أن يجب بدل الصلح على الأجنبي ابتداء بدون أن يجب عليه و كذلك الصلح عن دم العمد لأنه اسقاط و كذلك الصلح عن دين سواء كان بإقرار أو إنكار و في المبسوط (٢) قال كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز و يسقط به الدين عن المديون فهذا مثله (و إذا استحق نصف الهبة رجع (٣) بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه و إن استحق نصف العوض

---

(١)و الفرق الخ و في الدر المختار: و الأصل أن كل ما يطالب به الانسان بالحبس و الملازمة يكون الأمر بادائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان و ما لا فلا إلا إذا شرط الضمان (ظهيرية) لكن يخرج عن الأصل ما لو قال أنفق على بناء دارى أو قال الاسير اشترنى فانه يرجع فيهما بلا شرط رجوع (كفالة خانية) مع أنه لا يطالب بهما لا بحبس و لا بملازمة فتأمل. (٢)المبسوط للسرخسي ص٧٥ ج١٢. (٣)رجع بنصف العوض الخ قال في الجوهرة و هذا أى الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة و إن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل في الباقى و يرجع بالعوض اه أى لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد من الأصل لأنه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة كذا في الشامية.

لم يرجع فى الهبة إلا أن يرد ما بقى ثم يرجع و قال زفر رحمه الله تعالى يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر و لنا أنه يصلح عوضاً للكل في (١) الابتداء و بالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض فلم يسلم له فله أن يرده قال و إن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف

لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقى) أي من العوض (ثم يرجع و قال زفر رحمه الله تعالى يرجع) أى الواهب (بالنصف) أى بنصف الموهوب (اعتباراً بالعوض الآخر) و هو الموهوب يعنى قاس زفر رحمه الله تعالى أحد العوضين على الآخر لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه إذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (و لنا أنه) أى أن الباقي من العوض (يصلح عوضا للكل من الابتداء) و ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء لأن البقاء اسهل من الابتداء (و بالاستحقاق) أى باستحقاق نصف العوض (ظهر أنه لا عوض إلا هو) أي الباقي و عورض بأن الغرض أنه عوض و أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداء و أجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها و ما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لأنها تتم مبادلة فيوزع البذل على المبدل و الجواب عن قياس زفر رحمه الله تعالى أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة و الانقسام و أما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شئ ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع و العلة لا تنقسم على أجزاء الحكم (إلا أنه) أى إلا أن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقى من العوض و يرجع في الهبة و بين أن يمسكه و لا يرجع بشئ (لأنه) أى لأن الواهب (ما أسقط حقه) اى الباقى من العوض (في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض فلم يسلم) أى كل العوض (له) أى للواهب (فله أن يرده) أى فللواهب أن يرد ما بقى من العوض (قال و إن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع الواهب فى النصف الذى لم يعوض لأن المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فإن قيل قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل فى الكل لئلا يلزم تجزؤ الاسقاط كما

---

(١) في –ن– من.

قال و لا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء

في الطلاق أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتباره بخلاف الطلاق (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يصح الرجوع) أي في الهبة (إلا بتراضيهما) أي بتراضي الواهب و الموهوب له (أو بحكم الحاكم) أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه حتى لو استردها بغير قضاء و لا رضاء كان غاصباً فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له و قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء أو الرضى و قال شيخ الإسلام الاسبيجابيّ في شرح الكافي ليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض لأن العقد انعقد بتراضيهما فلا يتفرد بالفسخ لعدم ولايته و إذا فسخ لا ينفسخ إلا بتراضيهما على الفسخ فيلزمهما بتراضيهما انتهى و اختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الرجوع إلا بقضاء أو تراض فمنهم من قال لأن الرجوع في الهبة مختلف فيه كما ذكره المصنفّ و منهم من قال إنما لم يكن للواهب أن يرجع بغير قضاء أو تراض لأن الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة و تصرفاً فلا يثبت إلا بهما كما في الرد بالعيب بعد القبض بخلاف من له خيار الرؤية حيث يتفرد بالفسخ بعد القبض لأنه ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد و منهم من قال بأن الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة و تصرفاً لا عين حقه و استيفاء بدل الحق من حيث الفسخ بعد ما تم الملك للعاقد رقبة و تصرفا لا يكون إلا بقضاء أو رضاء كما في الرد بالعيب و كصاحب الدين إذا أراد أن يأخذ دينه من جنس آخر من مال المديون لا يملك إلا بقضاء أو رضاء بخلاف خيار الرؤية و خيار الشرط فان من له الخيار يتفرد بالفسخ من غير قضاء و لا رضى لأنه بالفسخ مستوف عين حقه لا بدل حقه لأنه لم يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد كذا في المبسوط (لأنه) أي لأن الرجوع في الهبة (مختلف بين العلماء) قال بعض الشراح منهم تاج الشريعةّ لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى فكان ضعيفاً فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه و هو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها و قال صاحب العنايةّ فيه نظر و المخلص حمله على اختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم إن ثبت قلت نظره وارد لأن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى بالرجوع قد تقرر قبل الشافعي رحمه الله تعالى و أمثاله و كيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهاد المجتهد سبباً لكونه ضعيفاً و لكن قوله إن ثبت عجز منهم و كيف يقول ذلك بالشك و هو مذهب

(١) قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى الخ كذا في المغني ص ٢٨٢ ج٦.

و في أصله وهاء

جماعة من الصحابة كعمر و عثمان و علي و أبي الدرداء وغيرهم رضى الله تعالى عنهم و أخرج (١) ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في مصنفه عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال هو أحق بها ما لم يرض منها يعني الهبة و صححه ابن حزمٍ و قال لا مخالف لهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و أخرج (٢) البيهقي رحمه الله تعالى من حديث حنظلة عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر رضى الله تعالى عنه من وهب هبة لوجه فذلك له و من وهب هبة يريد ثوابها فانه يرجع فيها إن لم يرض منها ثم كلام ابن حزمٍ يخدش كلام صاحب العنايةٍ أيضاً لأنه ادعى انه لا مخالف من الصحابة رضى الله تعالى عنهم لمن ذهب منهم إلى الرجوع فحينئذ يتعين حمل كلامه مختلف بين العلماء على العلماء من التابعينٍ (و في أصله) أى و في أصل الرجوع (وهاء) أى ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير و لهذا (٣) يبطل بالزيادة المتصلة و بغيرها من الموانع قال السغناقيٍ و تبعه الأترازيٍ و الكاكي ناقلين عن المغرب (٤) ان وهاء بالمد خطأ و إنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهياً إذا ضعف و قال (٥) صاحب العنايةٍ و هو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ و تخطئة ماليس بخطأ خطأ قلت قال (٦) الجوهريٍ وهى السقاء يهى وهياً إذا تخرق و انشق و في السقاء وهي بالتسكين و وهية على التصغير و هو خرق قليل و وهى الحائط إذا ضعف و هم بالسقوط انتهى فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي و كسرها في الغابر نحو رمى يرمي و مصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء و سكون العين نحو رمى يرمي رمياً و وعى يعي وعياً فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله و إنما هو الوهي يعني بتسكين العين و مخطئ (٧) من وجه في قوله الوهاء بالمد خطأ لأن هذا أيضاً مصدر على وزن

(١)أخرج ابن ابى شيبة رحمه الله تعالى فى البيوع (باب) فى الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها ص ٤٧٤ ج٦.
(٢)أخرج البيهقى رحمه الله تعالى فى الهبات باب المكافأة فى الهبة ص ١٨١ ج٦. (٣)و لهذا يبطل الخ أقول فيه خلل لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس فى جميع الصور أى فيما يوجد فيه المانع عنه و فيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا فى ملك الغير فى الجميع فلا يصح تفريع بطلانه فى صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل فى جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة فى صورة فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة و بغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة فى مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس كذا فى النتائج. (٤)المغرب مادة وهى ص٣٧٥ ج٢. (٥)قال صاحب العناية فى العناية ص٥٠٦ ج٧.
(٦)قال الجوهرىٍ فى الصحاح مادة وهى ص٢٥٣١ ج٦. (٧)مخطئ من وجه الخ أقول قد أخطأ العلام العينىٍ فى تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضى أن يكون نفسه أيضا مصدرا إذ قد تقرر فى علم الأدب أن مصدر الثلاثى سماعى لا يثبت بالقياس فمجئ القلاء مصدرا من قلى يقلى كما ذكره =>

و في حصول المقصود و عدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ و لو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه و كذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون و هذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعد و إذا رجع بالقضاء أو بالتراضي

فعال كما تقول في قلى يقلى قلى و قلاء على وزن فعال و وهاء كذلك و قد قال (١) الجوهري القلي البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلي وقلاء و قول صاحب العناية لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد و المصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتي المد نعم هذا الذي ذكره انما يكون إذاكان المصدر على وزن فعل بتحريك العين على أن قصر الممدود أو مد المقصور من ضرورات الاشعار فافهم فحينئذ ينبغي أن يقرأ و في أصله وهى بالتسكين او وهاء بالمد و قد وقع في نسخ الهداية كلاهما و كلاهما صحيح بما ذكرنا و الخطأ وهى بتحريك العين و القصر و هكذا هو التحقيق و آفة الخطأ و التخطئة من التقليد (و في حصول المقصود و عدمه خفاء) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل و كذا إن كان غرضه إظهار الجود و السماحة و إن كان العوض لم يحصل فعلى الوجهين الاولين ليس له الرجوع لحصول المقصود و على الوجه الأخير له الرجوع فلما تردد أمره احتاج إلى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه (فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه) أى الموهوب له أعتق العبد (قبل القضاء نفذ) أي لقيام عتقه (و لو منعه) أي منع الموهوب له الموهوب من الواهب (فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه) أي لقيام ملك الموهوب له في الموهوب (و كذا إذا هلك في يده بعد القضاء) أي و كذا لا يضمن الموهوب له إذا هلك الموهوب في يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب (لأن أول القبض غير (٢) مضمون و هذا دوام عليه) أى القبض المتحقق بعد القضاء دوام على القبض الذي لم ينعقد سببا للضمان (إلا أن يمنعه) أى يمنع الموهوب له الموهوب عن الواهب (بعد طلبه) عند القضاء بالرجوع (لأنه تعد) أى لأن منعه حينئذ تعد (و اذا رجع بالقضاء أو بالتراضي

=> الجوهري لا يقتضى أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهى فان الأول مسموع دون الثاني و قول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته إياه فى قوله الوهاء بالمد خطأ ينافي تصويبه إياه فى قوله و إنما هو الوهي لأن فى قوله هذا قصر مصدر وهى يهى على الوهى بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضا مصدرا منه ينافى ذلك قطعا كذا في النتائج. (١)قال الجوهري فى الصحاح مادة قلا ص٢٤٦٧ ج٦.
(٢)غير مضمون فلا ينقلب مضمونا بعد الاستمرار عليه كذا فى التبيين.

يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب و يصح في الشائع لأن العقد وقع جائزاً موجباً حق الفسخ من الأصل فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ

يكون فسخاً (١) من الأصل) و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال زفر رحمه الله تعالى الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأة لعود الملك اليه بتراضيهم فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث فاشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء (حتى لا يشترط قبض الواهب) يعني بعد الرجوع فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر رحمه الله تعالى شرط القبض (و يصح في الشائع) يعني يصح الرجوع في الشائع بأن رجع عن نصفه و لو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع بالنصف بالشيوع (لأن العقد وقع جائزاً) هذا دليل على المطلوب تقريره أن هذا العقد وقع جائزاً غير لازم (موجباً حق الفسخ من الأصل) لثبوت حق الرجوع (فكان) أى الواهب (بالفسخ مستوفياً ثابتاً له) أى للواهب (فيظهر) أى الفسخ (على الاطلاق) يعني سواء كان بالتراضي او بالقضاء لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي و هو الفسخ فيظهر على الإطلاق و فسر تاج الشريعة قوله على الاطلاق بقوله أي في الشائع وغيره و في المقبوض وغير المقبوض و الذي ذكرنا هو أقرب من الذي ذكره بقية الشراح يظهر ذلك بالتأمل و لا يلزم على هذا الرد في مرض الموت فانه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث و لو كان الرد بالتراضي فسخاً من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء لأن فيه روايتين و ذكر ابن سماعة فيه القياس و الاستحسان ففي القياس يعتبر من جميع ماله و في الاستحسان يعتبر من الثلث لا لأنه تمليك ابتداء و لكن الراد في مرضه باختياره يتم بالقصد إلى إبطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلرد قصده جعل معتبرا من الثلث كذا في المبسوط (٢) (بخلاف الرد) هذا جواب عن قياس زفر رحمه الله تعالى و تقريره ان الرد (بالعيب بعد القبض) إنما يكون في صورة القضاء خاصة (لأن الحق هناك في وصف السلامة) حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له (لا في الفسخ) لأن العيب لا يمنع تمام العقد فإذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك

(١) يكون فسخا من الأصل و فى البحر: اعلم أن مرادهم بالفسخ من الأصل هو أن لا يترتب على العقد أثر فى المستقبل لا أن يبطل أثره فى كل وجه فيما مضى و إلا لعاد الزوائد المنفصلة المتولدة إلى ملك الواهب برجوعه و يحرم قبل الرد انتفاع المشترى بالمبيع قبل الرد إذا رد بعيب بقضاء و ليس كذلك كذا ذكره فى جامع الفصولين.

(٢) المبسوط للسرخسى رحمه الله تعالى ص ٨٥ ج ١٢.

فافترقا قال و إذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق و ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة و هو غير عامل له و الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره

كابتداء عقد منهما و أما القاضي فانما يقضى اولاً بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء (فافترقا) أي الرجوع في الهبة بالتراضي و الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي و إنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضاء و فائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافاً لزفر رحمه الله تعالى في غيره و إذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك و بعد القبض إن كان بقضاء فكذلك و إن كان بغيره فليس له ذلك (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق و ضمن الموهوب له) أى ضمن المستحق الموهوب له (لم يرجع) أى الموهوب له (على الواهب بشيء لأنه) أى لأن عقد الهبة (عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة) لأنه لم يلتزمها لا صريحاً و هو ظاهر و لا دلالة لأنه ما سلم له شيء بخلاف المعاوضة لأنه سلم له البدل فيكون ملتزماً سلامة المبدل (و هو غير عامل له) أي الموهوب له غير عامل للواهب و احترز به عن المودع إذا هلكت الوديعة في يده و استحقها مستحق و ضمنه فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأن المودع عامل للمودع في الحفظ و عن المضارب إذا اشترى شيئاً بمال المضاربة ثم استحق رأس المال و ضمنه المستحق فإن المضارب يرجع بالثمن على رب المال لأنه عامل له (و الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إنه غره بإيجاب الملك له في المحل و اخباره بأنه ملكه و الغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري و تقرير الجواب أن الغرور إنما يكون سبباً للرجوع إذا كان في ضمن المعاوضة كالبيع و نحوه (لا في ضمن غيره) أي لا يكون الغرور سبباً للرجوع في ضمن غير عقد المعاوضة كمن أخبر انساناً بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء فعلم أن حق الرجوع إنما يثبت باعتبار عقد المعاوضة حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصاً فان ضمن بعد الاستحقاق يرجع على الواهب ذكره في الذخيرة و لهذا لو وهب الغاصب ما غصب أو باع أو تصدق أو آجر أو رهن أو أودع أو

قال و إذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين و يبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد و صار في حكم البيع يرد بالعيب و خيار الرؤية و يستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى هو بيع ابتداء و انتهاء لأن فيه معنى البيع و هو التمليك بعوض و

أعار فهلك ضمنوا و لايرجع الموهوب له و المتصدق عليه و المستعير على الغاصب و يرجع المستأجر و المرتهن و يرجع المشتري بالثمن و لا يرجح السارق من الغاصب و لا غاصب الغاصب كذا في فصول الاستروشني فإن قلت لم قال و الغرور في ضمن عقد المعاوضة و لم يقل في عقد المعاوضة فهل في زيادة لفظة ضمن فائدة قلت نعم فإن في ولد المغرور يرجع بالقيمة على البائع و إن لم توجد المعاوضه في الولد و لم يعمل للبائع و لكنه مغرور في ضمن عقد المعاوضة فكما أن عقد المعاوضة سبب للضمان فكذلك ما كان في ضمنه لأن المتضمن يكسى كسوة المتضمن فإن قلت المودع يرجع على المودع بما ضمن مع أن عقد المعاوضة لم يوجد قلت هذا ليس بناء على الغرور بل بناء على أنه عامل له كما تقدم آنفاً و قال الكاكيّ و قوله و الغرور ...... إلى آخره جواب عما قال الشافعي رحمه الله تعالى أنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة كالبائع إذا غر المشتري قلت هذا ليس بظاهر على أن أكثر كتب الشافعية ناطقة بخلاف ما ذكره (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا وهب بشرط العوض (١)) مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد قال المحبوبي رحمه الله تعالى هذا فيما إذا ذكره بكلمة على مثل ما ذكرناه و أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال وهبتك بهذا الثوب أو بألف درهم و قبله الآخر يكون بيعاً ابتداء و انتهاء بالإجماع (اعتبر التقابض في المجلس في العوضين) حتى لو لم يوجد لا يثبت الملك لواحد منهما (و يبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد و صار في حكم البيع يرد بالعيب و خيار الرؤية و يستحق فيه الشفعة لأنه (٢) بيع انتهاء) و إن كان هبة ابتداء (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع و هو التمليك بعوض و

(١)العوض أراد بالعوض العوض المعين إذ في اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء و انتهاء لبطلان اشتراطه كذا في البحر. (٢)لأنه بيع انتهاء إلا أنه لا تحالف لو اختلفا في قدر العوض لما في المقدسي عن الذخيرة اتفاقا على أن الهبة بعوض و إختلفا في قدره و لم يقبض و الهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له و الرجوع في الهبة أو بقيمتها لو هالكة و لو اختلفا في أصل العوض فالقول للموهوب له في إنكاره و للواهب الرجوع لو قائما و لو مستهلكا فلا شئ له و لو أراد الرجوع فقال أنا أخوك أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب إستحسانا اه ملخصا كذا في الشامية و في الخانية: المكره على الهبة بشرط العوض إذا باع يكون =>

العبرة في العقود للمعاني و لهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقاًو لنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين و قد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض و قد يتراخى عن البيع الفاسد و البيع من حكمه اللزوم و قد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما

العبرة في العقود للمعاني) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة و الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة و أنه لو وهب ابنته لرجل كان نكاحاً و لو وهب امرأته لنفسها كان طلاقا و لو وهب عبده لنفسه كان اعتاقاً و لو وهب الدين لمن عليه كان إبراء فاللفظ واحد و العقود مختلفة لاختلاف المعنى و المقصود (و لهذا) أي و لكون الهبة المذكورة بيعاً مطلقا (كان بيع العبد) أي بيع المولى العبد فالمصدر مضاف إلى مفعوله و طوى ذكر الفاعل (من نفسه اعتاقاً) بأن قال لعبده بعت نفسك منك بألف درهم مثلا يكون اعتاقاً للعبد (و لنا أنه اشتمل على جهتين) أي جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى (فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين) لأن كل ما يشتمل على جهتين و أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما لأن إعمال الشبهين و لو بوجه أولى من إهمال أحدهما كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع و الفسخ جمع بينهما أما اشتماله على الجهتين فظاهر و أما إمكان الجمع بينهما فلما ذكره بقوله (و قد أمكن) أي الجمع بينهما (لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض) و قد يوجد ذلك في البيع أشار إليه بقوله (و قد يتراخى) أي الملك (عن البيع الفاسد و البيع) أي و الحال أن البيع (من حكمه اللزوم) و بهذا ظهرت المناسبة بين البيع و الهبة (و قد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض) يعني إذا قبض العوض (فجمعنا بينهما) أي إذا كانت المناسبة بين الهبة و البيع متحققة جمعنا بينهما فإن قيل المنافاة هنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم و ترتب الملك عليه بلا فصل و حكم الهبة على عكسه و تنافي اللازمين مستلزم لتنافي الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع و الهبة ضرورة أجيب بأن البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار و قد لا يترتب عليه الملك كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن

=> مكرها و المكره بالبيع إذا وهب بشرط العوض كان مكرها فيه و الاكراه باحدهما يكون إكراها بالآخر اه فالظاهر أن في هذه المسألة تكون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء و انتهاء و قد صرح به في الفتاوى الظهيرية و قال الناصحيّ في الجمع بين وقفي هلال و الخصاف في باب ما يجوز من الوقف و ما لا يجوز: و لو وهب الواقف الأرض التي شرط الاستبدال به و لم يشترط عوضا لم يجز و لو شرط عوضا فهو كالبيع اه و في المجمع: و أجاز محمد رحمه الله تعالى هبة الأب مال ابنه الصغير بشرط عوض مساو قيمته يعنى و قالا: لا يجوز فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف و مال الصغير كذا في البحر.

بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن إعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه.

فصل

قال و من وهب جارية إلا حملها صحت الهبة و بطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد و الهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً و الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة

اللزوم و الترتب من لوازمه ضرورة و الهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وغيره و قد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم و عدم الترتب من لوازمها ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فأما إذا جعلناها هبة ابتداء و بيعاً انتهاء فلا (بخلاف بيع نفس العبد منه) أى من العبد هذا جواب عمّا قاله زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى من قولهما و لهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً و تقريره أن بيع العبد من نفسه إنما جعل اعتاقاً (لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو) أى العبد (لا يصلح مالكاً لنفسه) لأنه لا يملك غيره مالاً فكيف يملك نفسه مالاً.

(فصل)

أي هذا فصل لما كانت مسائل هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة (قال) أي القدوريّ (و من (١) وهب جارية إلا حملها صحت الهبة و بطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد و الهبة لا تعمل في الحمل) بأن وهب حمل الجارية دونها فإنه لا يجوز (لكونه وصفاً) أى لكون الحمل وصفاً لها كأطرافها من اليد و الرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثناؤه لأن المستثنى يكون من جنس المستثنى منه و أيضاً العقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لا يصح فكذا إذا استثنى (على ما بيناه في البيوع) أى في الفصل المتصل بأول كتاب البيع (فانقلب شرطاً فاسداً) يعني إذا لم يكن الإستثناء عاملا انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزء ا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد و هو معنى الشرطُ الفاسد (و الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة). لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي و هو القبض و الفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد و إنما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية لأن الحسيات إذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن أن يجعل عدماً فإن قيل ما

---

(١)و من وهب الخ و فى المغنى ص٢٥٦ ج٦ و إن وهب أمة و استثنى ما فى بطنها صح فى قياس قول احمد رحمه الله تعالى فيمن أعتق أمة و استثنى ما فى بطنها.

و هذا هو الحكم في النكاح و الخلع و الصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع و الإجارة و الرهن لأنها تبطل بها

الفرق بين الحمل و بين الصوف على الظهر و اللبن في الضرع فإنه إذا وهب الصوف على ظهر الغنم او اللبن في الضرع أمره بجز الصوف وحلب اللبن و قبض الموهوب له فإنه جائز استحساناً دون الحمل فالجواب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا و لا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف و اللبن و من أصحابنا من قال إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحساناً و الأصح أنه لا يجوز خلافاً لأحمد و أبي ثور رحمهما الله تعالى فان عندهما يصح الإستثناء و تصح الهبة في الأم دون الولد (و هذا) أى صحة أصل العقد و بطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح) بأن قال تزوجتك على هذه الجارية إلا حملها يبطل الاستثناء حتى تصير الجارية مع الحمل مهراً (و الخلع) بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع و استثنت الحمل تكون الجارية و الحمل بدل الخلع (و الصلح عن دم العمد) بأن قال صالحتك على هذه الجارية إلا حملها (لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) أي لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة كالهبة (بخلاف البيع و الإجارة و الرهن لأنها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة بأن اشترى جارية أو آجرها أو رهنها إلا حملها فانه لا يصح لما قلنا فان قلت ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط كالهبة لتوقف عقد الرهن على القبض و هو فعل حسي قلت القبض في باب الرهن حكم للرهن لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء و حكم العقد يضاف إلي العقد و الشرط الفاسد يؤثر في العقد و أما في باب الهبة فالحكم هو الملك و الملك يثبت بالقبض فكان القبض في حكم ركن العلة في باب الهبة و الفساد لا يؤثر في ركن فلغا الشرط كذا في الإيضاح قال السغناقيّ كأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات انتهى فهذا كما علمت ذكر المصنفّ القسمين في الاستثناء أحدهما ما يجوز فيه أصل العقد و يبطل الاستثناء و الآخر ما يبطلان فيه جيمعاً و بقي قسم ثالث لم يذكره و هو ما يصحان فيه جميعاً كالوصية لأن إفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه و ذكر في شرح الطحاوى أن هذه ثلاث مراتب الأولى: العقد و الاستثناء فاسدان نحو البيع و الإجارة و الكتابة و الرهن لأن هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة الثانية: العقد جائز و الاستثناء فاسد نحو الهبة و الصدقة و النكاح و الخلع و الصلح من دم العمد لأن هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد و يبطل الاستثناء و يدخل في العقد الام و الولد جميعاً و كذلك العتق إذا أعتق الجارية و استثنى ما في بطنها صح العتق و لم يصح الاستثناء. الثالثة: العقد و الإستثناء صحيحان نحو الوصية إذا

....

أوصى لرجل بجارية و استثنى ما في بطنها فانه يصح لأن الوصية أخت الميراث و قد جعل الجارية وصية و ما في بطنها ميراثا و الميراث يجرى فيما في البطن و ليس هذا كما إذا أوصى لرجل بجارية و استثنى خدمتها أو غلتها للورثة فالوصية صحيحة و الإستثناء باطل لأن الخدمة والغلة لا يجرى فيهما الميراث دون الاصل ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها و غلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فانهما يعودان إلى ورثة الموصي فلان تكون الخدمة و الغلة موروثة عن الموصى له و لو أوصى بما في بطن جاريته لانسان و المسألة بحالها فان الولد يكون موروثا عن الموصى له و إذا أوصى برقبتها لانسان و بما في بطنها لآخر فمات الموصى له بالولد عاد الملك إلى وارثه ولو أوصى برقبتها لانسان و بغلتها و خدمتها لآخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك إلى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى له بالغلة و الخدمة و كذلك لو أن الموصى له بالغلة و الخدمة مات قبل موت الموصى أو رد وصيته و قد أوصى الموصى برقبتها لآخر فان الغلة و الخدمة تعود إلى الموصى له بالرقبة و لا تكون لورثة الموصى له و مثله لو أن الموصى له بالولد مات قبل موت الموصى أو رد الوصية لم يعد إلى الموصى له بالرقبة و لكن يعود إلى ورثة الموصى فلذلك افترقا فلو أوقع العقود على ما في البطن أما عقد البيع فلا يجوز و كذلك الكتابة عليه لا تجوز و إن قبلت الأم عنه و كذلك الهبة و الصدقة لا تجوز و إن سلم الام إلى الموهوب له و لو تزوج عليه فالتسمية باطلة و يجب مهر المثل و لو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح صحيح و يبطل القصاص و التسمية فاسدة و يكون للولى على القاتل الدية لأن هذه العقود تصح على ما هو مال و الولد ليس بمال مادام في البطن و لو أنه أعتق ما في البطن فانه يصح إذا علم أنه كان موجودا في البطن وقت العتق و إنما يعلم وجوده إذا جآء ت به لأقل من ستة أشهر من وقت العتق فان جآء ت به لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لأنه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك إلا إذا كانت الأمة في عدة زوج فانه يحكم بوجود الولد إلى سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق الاعتاق و إنما جاز عتق ما في البطن لأن العتق ينافي الرق و ما في البطن موقوف و كذلك الوصية بما في البطن يصح إذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لأن الوصية أخت الميراث و الميراث يجرى فيما في البطن فكذا الوصية و لو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع و للزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع و إن لم يكن موجوداً كما إذاجاء ت به لستة أشهر فصاعداً فلا سبيل للزوج على ما

و لو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء و لو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء و لا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شئ هو مشغول بملك المالك

في البطن و لكنه ينظر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي و لم تقل من ولد فلا شيء له عليها و لو قالت من ولد فانه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لأنها غرت الزوج حين قالت من ولد و ليس في بطنها ولد و إذا لم تقل من ولد لم تغره و هذا كما قلنا فى المرأة إذا قالت لزوجها اخلعني على ما في يدى أوعلى ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً فان كان فيه شيء فللزوج و إن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء لأنها لم تغره حيث لم تسم له مالاً فأما إذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فان كان فيه شيء من متاع فهو له و إن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر (و لو أعتق ما في بطنها) أى بطن الجارية (ثم وهبها) أي الجارية (جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه) أي على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) أي في تجويز الهبة تقريره أن إعتاق الحمل قبل هبة الجارية مشابه لما إذا وهب الجارية و استثنى حملها و وجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب و كذا في استثناء الحمل لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل (و لو دبر ما في بطنها) أى بطن الجارية (ثم وهبها) أى الجارية (لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه) أى ملك الواهب (فلم يكن شبيه الاستثناء) أى في التجويز لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله و جعل الحمل موهوباً (و لا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع) و هي لا تجوز فيما يقسم و روي أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها ذكره في المبسوط و يمكن أن يكون قول المصنفؒ فلم يكن شبيه الاستثناء جواباً لرد هذه الرواية فإن قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة و هي جائزة فالجواب أن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلاً في الحال مع أن الجنين لم يخرج من ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة و كأن المصنف رحمه الله تعالى لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء) بنصب الهبة لأن التقدير أو بقى هبة شيء فيكون حالاً عن الضمير الذي في بقي (هو مشغول بملك المالك) كما إذا وهب الجوالق و فيه طعام الواهب و ذلك لا يصح كهبة المشاع و في نوادر هشامؒ قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا وهب

فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها

لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أو وهب منه داراً و الأب فيها ساكن لم تجز الهبة فيهما و في الهاروني المجرد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في رجل تصدق على ابن صغير بدار له و فيها متاع الرجل أو كان الأب فيها ساكناً أو فيها متاع له و ليس بساكن فيها أو قوم سكان بغير أجر جازت فكان قابضاً لابنه و لو كان فيها سكان بأجر كانت الصدقة باطلة فإن قيل قد جعل في الإيضاح مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الإستثناء وهبتها بعد الإعتاق غير شبيه الإستثناء على عكس ما ذكره المصنفّ فما التوفيق بينهما قلت مراد صاحب الإيضاحّ بالاستثناء الاستثناء الحقيقي و هو التكلم بالباقي بعد الثنيا و لكن لم تصح الهبة بذلك الإستثناء لمكان الشيوع و هذا متحقق في مسألة التدبير لبقاء الملك في المدبر و في مسألة الإعتاق لم تكن في معنى الإستثناء الذي يورث الشيوع فصح و المصنفّ أراد بالإستثناء إستثناء الحمل و مسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة و التدبير لم يشابهه كما تقدم فائدة: صاحب الايضاح هو الامام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن أميرويه بن محمد الكرمانيّ (١) قال السمعانيّ في معجم شيوخه هو إمام أصحاب أبي حنيفة رحمة الله تعالى بخراسان قدم مرو وتفقه على القاضي محمد بن الحسين الارسابندى فخر القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان و العراق و من (٢) تصانيفه شرح الجامع الكبير و التجريد في الفقه في مجلد واحد و شرحه في ثلاث مجلدات و سماه الايضاح قال (٣) السمعانيّ سمعت منه و كانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين و أربعمائة و مات بمرو عشية الجمعة لعشرة بقين من ذي القعدة سنة ثلاث و أربعين و خمسمائة رحمه الله تعالى (فإن وهبها) أي فإن وهب جارية (له) أي لفلان (على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه) أي على الواهب (شيئاً منها) أي من الدار (أو يعوضه شيئاً منها) و هذا متصل بقوله أو تصدق عليه بدار لأنه لو وصل بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض و الهبة بشرط العوض صحيح و الشرط صحيح حتى تكون هبة إبتداء

(١)الكرمانى بكسر الكاف و قيل بفتحها و سكون الراء المهملة و فى آخرها النون نسبة إلى بلدان شتى مثل خبيص و جيرفت و السيرجان و برد سير يقال لجميعها كرمان و قيل بفتح الكاف و هو الصحيح غير أنه اشتهر بكسر الكاف كذا فى الأنساب للسمعانيّ. (٢)و من تصانيفه أيضا الفتاوى و الاشارات كذا فى الفوائد البهية.
(٣)قال السمعانيّ فى الانساب: روى أى ابو الفضل الكرمانيّ لنا عن أبيه و عن استاذه القاضى ابى بكر محمد بن الحسين الأرسابندى و ابى الفتح عبيد الله بن محمد الهشامى وغيرهم.

فالهبة جائزة و الشرط باطل لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة و الهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه الصلاة و السلام أجاز العمرى

و بيعاً انتهاء و إنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة و ذلك إنما يكون أن لو كان إشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئاً منها إلى قوله أو وهب داراً إلا أنه يلزم (١) التكرار بلافائدة قاله الكاكيّ قلت لا يلزم لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها و في الجامع الصغير محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة و لا يرد عليه ولا يعوضه شيئاً منها و قال الاسبيجابيّ في شرح الكافي فإن كانت الهبة ألف درهم و العوض درهم منها لم يكن ذلك عوضاً لأن الشيء لا يصلح أن يكون عوضاً عن نفسه و كان للواهب أن يرجع في الهبة لانعدام العوض و كذلك إذا كانت الهبة داراً و العوض بيت منها و إن وهب له حنطة فطحن بعضها فعوضه دقيقاً من تلك الحنطة كان عوضاً لأنه بالطحن صار شيئاً آخر فانقطع حق الواهب عنه فصلح عوضاً و كذلك لو وهب له ثياباً فصبغ منها ثوباً بعصفر أو خاطه قميصاً ثم عوضه إياه لأن الزيادة القائمة بالثوب صلحت عوضاً و قد انقطع حق المالك عنه و كذلك لو وهب له سويقاً فلت بعضه ثم عوضه بعضه (فالهبة جائزة) هذا جواب إن في قوله فإن وهبها إلى آخره (و الشرط باطل) و به قال الشافعي و أحمد و أبو ثور و عن (٢) أحمد رحمهم الله تعالى في صحة الهبة بالشرط الفاسد و جهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع (لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد) لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك تقيد بها (فكانت) أي هذه الشروط (فاسدة و الهبة لا تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة فإن قلت للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت قلت قوله على أن يرد إخبار عن لزوم الرد و لزومه غير ذلك الحق إذ ليس من حق الرد لزوم الرد (ألا ترى) إشارة إلى بيان أصل ذلك و هو (أن النبي عليه الصلاة و السلام أجاز العمرى

---

(١) يلزم التكرار بلا فائدة قال الرازي رحمه الله تعالى لا تكرار فيه لأن الأول هبة بشرط الفسخ لأن الرد دليل الرجوع و الثاني هبة شئ بشرط أن يكون شئ منه عوضا عن نفسه اه كذا في الهامش على التبيين. (٢) عن احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني ص٢٥٦ ج٦.

و أبطل شرط المعمر

و أبطل شرط المعمر) يعني في رجوعها اليه بعد موت المعمر له و جعلها ميراثاً لورثة المعمر له و الحديث أخرجه (١) البخاري و مسلم رحمهما الله تعالى عن أبي سلمة عن جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ كان يقول العمرى لمن وهبت له و أخرجه (٢) مسلم رحمه الله تعالى أيضاً عن أبي الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ أمسكوا عليكم اموالكم و لا تفسدوها فانه من أعمر عمرى فهى للذي أعمرها حياً و ميتاً و لعقبه و أخرجه (٣) أبو داود و النسائي رحمهما الله تعالى عن عروة عن جابر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال من أعمر عمرى فهي له و لعقبه يرثها من يرثه من عقبه و أخرج (٤) البخاري و مسلم رحمهما الله تعالى أيضاً عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة عن النبى ﷺ قال العمرى جائزة فإن قلت يشكل على هذا ما

(١)أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الهبات باب ما قيل فى العمرى و الرقبى ص٣٥٧ ج١ و مسلم رحمه الله تعالى فى الهبات باب العمرى ص٣٨ ج٢ و ابو داود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى العمرى ص١٤٤ ج٢ و النسائى رحمه الله تعالى فى العمرى ص١٤٠ ج٢. (٢)أخرجه مسلم رحمه الله تعالى فى الهبات باب العمرى ص٣٨ ج٢. (٣)أخرجه ابو داود رحمه الله تعالى فى البيوع باب فى العمرى ص١٤٤ ج٢ و النسائى رحمه الله تعالى فى العمرى ص١٣٩ ج٢. (٤)أخرج البخارى رحمه الله تعالى فى الهبات باب ما قيل فى العمرى و الرقبى ص٣٥٧ ج١ و مسلم رحمه الله تعالى فى الهبات باب العمرى ص٣٨ ج٢ قال الحافظ العينىؒ فى العمدة ص١٨٠ ج١٣ تحت هذا الحديث: قوله "العمرى جائزة" قال الطحاوىؒ أى جائزة للمعمر لا حق فيها للمعمر بعد ذلك ابدا و فى رواية الترمذى رحمه الله تعالى من حديث الحسن رحمه الله تعالى عن سمرة رضى الله تعالى عنه أن نبى الله ﷺ قال "العمرى جائزة لأهلها أو ميراث لأهلها" و فى رواية الطبرانىؒ من حديث هشامؒ بن عروةؒ عن ابيه عن عبد الله بن الزبير رضى الله تعالى قال قال رسول الله ﷺ "العمرى جائزة لمن أعمرها و الرقبى لمن راقبها سبيلها سبيل الميراث" فان قلت روى النسائى و ابن ماجة رحمهما الله تعالى من حديث ابى هزيرة رضى الله تعالى ان رسول الله ﷺ قال "لا عمرى فمن أعمر شيئا فهو له" و هذا يعارض هذا الحديث قلت لا معارضة لأن معنى الحديث قوله لا عمرى بالشروط الفاسدة على ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من الرجوع أى فليس لهم العمرى المعروفة عندهم المقتضية للرجوع فان قلت فى حديث ابن عمر رضى الله تعالى عند النسائى رحمه الله تعالى "لا عمرى و لا رقبى" و عند ابى داود و النسائى رحمهما الله تعالى فى حديث جابر رضى الله تعالى "لا ترقبوا و لا تعمروا" و فى راوية لمسلم رحمه الله تعالى "أمسكوا عليكم اموالكم و لا تفسدوها" الحديث قلت احاديث النهى محمولة على الارشاد يعنى ان كان لكم غرض فى عود اموالكم اليكم فلا تعمروها فانكم إذا اعمرتموها لم ترجع إليكم فلذلك قال لا تفسدوها أى لا تفسدوا ماليتكم فانها لن تعود إليكم و فى بعض طرق حديث جابر رضى الله تعالى عنه عند مسلم رحمه الله تعالى جعلت الانصار يعمرون المهاجرين فقال رسول الله ﷺ "أمسكوا عليكم أموالكم" انتهى و كأنه ﷺ علم حاجة المالك إلي ملكه و انه لا يصبر فنهاهم ﷺ عن التبرع بأموالهم و أمرهم بامساكهم فافهم.

بخلاف البيع لأنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع وشرطو لأن الشرط الفاسد في معنى الربا و هو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال و من كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت برئ منها أو قال إذا أديت الي النصف فلك النصف أو أنت برئ من النصف الباقي فهو باطل لأن الإبراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه إبراء

أخرجه (١) مسلم رحمه الله تعالى عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر رضى الله تعالى عنه قال إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك و لعقبك فأما إذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع إلى صاحبها قال معمرٌ و كان الزهريّ يفتى به قلت هذا مقيد بالعقب وغيره من الأحاديث مطلق و نحن نعمل بالمطلق و المقيد جميعاً و لا نقيد المطلق بالمقيد (بخلاف البيع) فانه يبطل بالشروط الفاسدة (لأنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع و شرط) هذا الحديث رواه (٢) ابوحنيفة رحمه الله تعالى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع و شرط و قد طعنوا في هذا الحديث و قد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب (٣) البيوع (و لأن الشرط الفاسد في معنى الربا) لأنه لماقوبل المبيع بالثمن خلا الشرط عن العوض و فيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه و هو من أهل الاستحقاق و ليس الربا إلا مال يملك بالعقد من غير عوض و الشرط الذي قلنا له حكم المال لأنه يجوز أخذ العوض عليه (و هو) أى الشرط الفاسد (يعمل في المعاوضات دون التبرعات) و الهبة ليست من المعاوضات فلا تبطل بالشرط (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت برئ منها أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت برئ من النصف الباقي فهو باطل) فإذا كان باطلا يكون الألف عليه على حاله (لأن الإبراء تمليك من وجه) لأنه يرتد بالرد (اسقاط من وجه) لأنه لا يتوقف على القبول (و هبة (٤) الدين ممن عليه إبراء) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و هل يفتقر الإبراء

(١)أخرجه مسلم رحمه الله تعالى فى الهبات باب العمرى ص٣٨ ج٢. (٢)رواه ابو حنيفة رحمه الله تعالى الخ رواه الطبرانيّ فى معجمه الأوسط و الحاكم ابو عبد الله النيسابورى فى كتاب علوم الحديث و من جهة الحاكم رحمه الله تعالى ذكره عبد الحقّ فى أحكامه و سكت عنه كذا فى نصب الراية ص١٨ ج٤. (٣)كتاب البيوع البناية ص٢٧٤ ج١٠. (٤)هبة الدين الخ و فى الهندية: هبة الدين ممن عليه الدين جائزة قياسا و استحسانا و هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة إذا أمره بقبضه استحسانا كذا فى التتارخانية هبة الدين ممن عليه الدين و ابراؤه يتم من غير قبول من المديون و يرتد برده ذكره عامة المشايخ رحمهم الله تعالى و هو المختار كذا فى جواهر الاخلاطى و هذا إذا لم يكن الدين بدل الصرف فاما إذا كان بدل الصرف فأبرأه رب الدين منه أو وهبه منه فانه يتوقف على قبوله فان قبله برئ و إن لم يقبل لا يبرأ و فى سائر الديون يبرأ قبل أو لم يقبل إلا أنه ترتد الهبة و الابراء =>

....

إلى القبول عنده فيه وجهان في وجه يفتقر قيل هذا الكلام يستقيم على قول زفر رحمه الله تعالى فانه قال تتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء فسوى بينهما أما عندنا الهبة لاتتم بدون القبول و الابراء يتم من غير قبول هكذا ذكره في المبسوط و لكن ذكره في المغني أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتقوف على القبول و فيه أن هبة دين الصرف و السلم و إبراؤه يتوقف على القبول و في سائر الديون لا يتوقف الإبراء على القبول باتفاق الروايات و في الهبة روايتان قيل في الفرق بينهما أن إبراء بدل الصرف و السلم يوجب انفساخ العقد لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقدين به فيتوقف على قبول الآخر بخلاف الإبراء عن سائر الديون لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت و إنما فيه معنى التمليك من وجه و

=> في سائر الديون بالرد هذا كله في حق الأصيل و أما هبة الدين من الكفيل و ابراؤه عن الدين فالهبة منه لا تتم بدون القبول و ترتد بالرد و ابراؤه يتم من غير قبول و لا يرتد بالرد و إن وهب الدين الذى على الأصيل أو ابرأه فمات قبل الرد فهو برئ و كذلك لو كان ميتا فأبرأه منه و جعله في حل منه فهو جائز فان رد الوارث هذا الابراء يعمل رده و يقضي بالمال و هذا قول ابى يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا يعمل رده و البراءة ماضية على حالها كذا في الذخيرة و لو أبرأ الطالب الأصيل عن الدين أو وهب الدين منه ان قبل برئ الاصيل و الكفيل و إن لم يقبل لا يبرأ كذا في الخلاصة رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون صح سواء كانت التركة مستغرقة أم لم تكن كذا في فتاوى قاضيخان و لو رد الوارث الهبة ترتد بالرد خلافا لمحمد رحمه الله تعالى و لو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ولو أبرأ الوارث صح أيضا كذا في الوجيز للكردري و في فتاوى آهو و لو أبرأ الغريم أحد الورثة من الدين صح في نصيبه و في الخزانة عقد ان يكون الموت فيهما بمنزلة القبول في هبة الدين من المديون إذا لم يقبله حتى مات المديون و الوصية إذا لم يقبلها الموصى له حتى مات الموصى تجب الهبة و الوصية و في الفتاوى العتابية لو وهب الدين لابن من عليه الدين و هو صغير لم تجز هكذا في التتارخانية و لو قال له الغريم أبرئني عما لك علىّ فقال قد أبرأتك من ديني عليك فقال لا أقبل فهو برئ كذا في الخلاصة و هب أحد الورثة حصته من الدين للمديون قبل القسمة و في التركة نقود و عروض صح استحسانا كالصلح قال وهبة حصته من العين لوارث أو غيره تصح فيما لا يحتمل القسمة و لا تصح فيما يحتملها كذا في القنية و هب رب الدين من المديون فلم يقبل و لم يرده حتى افترقا عن المجلس فجاء بعد أيام و رده اختلف و الصحيح أنه لا يرتد كذا في جواهر الأخلاطي و هل يشترط لصحة الرد مجلس الابراء اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه كذا في التتارخانية ذكر في الماذون الكبير في باب هبة العبد التاجر من له دين على عبد رجل فوهبه لمولاه صح سواء كان على العبد دين مستغرق أو لم يكن و هل يرتد برد المولى قيل بأنه يرتد إجماعا هو المختار كذا في الغياثية إذا كان الدين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون صح و إن وهب نصف الدين مطلقا ينفذ في الربع و يتوقف في الربع كما لو وهب نصف العبد المشترك كذا في الصغرى من عليه الدين إذا وهب مالا من رب الدين يملكه رب الدين بالهبة لا بالدين كذا في المحيط.

و هذا لأن الدين مال من وجه و من هذا الوجه كان تمليكاً و وصف من وجه و من هذا الوجه كان اسقاطاً و لهذا قلنا إنه يرتد بالرد و لا يتوقف على القبول و التعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها. قال و العمرى جائزة للمعمر له حال حياته و لورثته من بعده لما رويناه

معنى الاسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول كذا في الذخيرة (و هذا) توضيح لكون الإبراء تمليكاً من وجه و اسقاطاً من وجه (لأن الدين مال من وجه) حتى تجب فيه الزكاة و يصح البيع بالدين (و من هذا الوجه كان تمليكاً) أي كان الابراء تمليكا (و وصف من وجه) يعني انه ليس بمال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له و له ديون على الناس (ومن هذا الوجه كان اسقاطاً) أى كان الابراء إسقاطا (و لهذا) أي و لأجل هذين الوجهين (قلنا انه يرتد بالرد) هذا آية التمليك (و لا يتوقف على القبول) هذا آية الإسقاط و إطلاق قوله يرتد بالرد يفيد ان عمل الرد في المجلس وغيره سواء و هذه هو الرواية عن السلف إلا ما روى عن الأعمشّ و الإسكافّ من وجوب الرد في مجلس الإبراء و الهبة (و التعليق (١) بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق و العتاق) لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص و الإقرار بالمال و الحجرعلى المأذون و عزل الوكيل و أما (٢) الإبراء و إن كان إسقاطاً من وجه و لكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال أنت برئ عن النصف على أن تؤدي إليّ النصف الآن لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد ألا ترى لو أنه قال لعبده أنت حرعلى أن تؤدى إليّ ألف درهم فقبل فانه لا يعتق قبل الأداء كذا ذكره قاضيخان والمحبوبي رحمهما الله تعالى (فلا يتعداها) أي فلا يتعدى التعليق بالشرط الاسقاطات المحضة إلى مافيه تمليك (قال) أى القدوريّ (و العمرى جائزة للمعمر له حال حياته و لورثته من بعده لما رويناه) من أن النبي ﷺ اجاز العمرى و أبطل شرط المعمر و قد بيناه عن قريب و بقولنا (٣) قال

(١)و التعليق بالشرط الخ و في البحر: و التعليق بالشروط مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق و العتاق فلا يصح تعليق التمليكات و لاالاسقاطات من وجه دون وجه و لا الاسقاطات من كل وجه و لا يحلف بها كالعفو عن القصاص. (٢)و أما الابراء الخ فرع قاضيخانّ على كون البراء ة لا يصح تعليقها ما لو قال لمديونه إن مت -بفتح التاء- فأنت برئ من ذلك الدين لا يبرأ و هو مخاطرة بخلاف ما لو قال إن مت -بضم التاء- فانت برئ من الدين الذى لى عليك جاز و يكون وصية و لو قال لمديونه إن لم تقض ما لى عليك حتى تموت فأنت فى حل فهو باطل بخلاف ما إذا قال إذا مت فأنت فى حل كان وصية كذا فى البحر. (٣)بقولنا قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص ٣٠٤ ج٦ و شرح الوجيز للرافعي الشافعي رحمه الله تعالى =>

....

....

=> ص ٣١١ ج٦ و قال الحافظ العينيّ في العمدة ص١٧٨ ج١٣ : قال شيخنا رحمه الله تعالى العمرى على ثلاثة اقسام احدها ان يقول اعمرتك هذه الدار فاذا مت فهي لعقبك او ورثتك فهذه صحيحة عند عامة العلماء و ذكر النووى انه لا خلاف في صحتها و انما الخلاف هل يملك الرقبة او المنفعة فقط و سنذكر ان شاء الله تعالى القسم الثاني ان لا يذكر ورثته و لا عقبه بل يقول اعمرتك هذه الدار أو جعلتها لك او نحو هذا و يطلق ففيها اربعة اقوال اصحها الصحة كالمسألة الاولى و يكون له و لورثته من بعده و هو قول الشافعي في الجديد و به قال ابوحنيفة و احمد و سفيان الثورى و ابو عبيد و آخرون القول الثاني انها لا تصح لأنه تمليك موقت فاشبه ما لو وهبه او باعه الى وقت معين و هو قول الشافعي في القديم. الثالث انها تصح و يكون للمعمر في حياته فقط فاذا مات رجعت الى المعمر اوالى ورثته ان كان قدمات و حكى هذا ايضا عن القديم. الرابع انها عارية يستردها المعمر متى شاء فاذا مات عادت الى ورثته. القسم الثالث ان لا يذكر العقب و لا الورثة و لا يقتصر على الاطلاق بل يقول فاذامت رجعت الى اوالى ورثتى ان كنت مت فان قلنا بالبطلان في حالة الاطلاق فههنا اولى و كذلك في الاطلاق بالصحة و عودها بعد موت المعمر الى المعمر و ان قلنا انها تصح في حالة الاطلاق و يتأبد الملك ففيه وجهان لاصحاب الشافعي احدهما عدم الصحه قال الرافعي وهو اسبق الى الفهم و رجحه القاضي ابن كج و صاحب التتمة و به جزم الماوردى و الثاني يصح و يلغو الشرط و عزاه الرافعي للاكثرين ثم اختلف العلماء فيما ينتقل الى المعمر هل ينتقل اليه ملك الرقبة حتى يجوز له البيع و الشراء و الهبة و غير ذلك من التصرفات او انما تنتقل اليه المنفعة فقط كالوقف فذهب الجمهور الى ان ذلك تمليك للرقبة و هو قول ابى حنيفة و الشافعي و احمد و ذهب مالك الى انه انما يملك المنفعة فقط فعلى هذا فانها ترجع الى المعمر اذا مات المعمر عن غير وارث او انقرضت ورثته و لا يرجع الى بيت المال ثم ههنا مسائل متعلقة بهذا الباب الاولى العمرى المذكورة في احاديث هذا الباب و في غير هل هي عامة في كل ما يصح تمليكه من العقار و الحيوان و الاثاث و غيرها او يختص ذلك بالعقار (الجواب) ان اكثر و رود الاحاديث في الدور و الاراضي فاما ان يكون خرج مخرج الغالب فلا يكون له مفهوم و يعم الحكم كل ما يصح تمليكه او يقال هذا الحكم و رد على خلاف الاصل فيقتصر على مورد النص فلا يتعدى به الى غيره قال شيخنا لم ارمن تعرض لذلك الا ان الرافعي مثل في امثلة العمرى بغير العقار فقال و لو قال دارى لك عمر ك فاذا مت فهي لزيد او عبدى لك عمرك فاذا مت فهو حر تصح العمرى على قولنا الجديد و لغي المذكور بعدها فعلم من هذا جريان الحكم في العبيد و غيرهم الثانية هل يستوى في العمرى تقييد ذلك بعمر الواهب كما لو قيده بعمر الموهوب فعن ابى عبيد التسوية بينهما لأنه فسر العمرى بان يقول للرجل هذه الدار لك عمرك او عمرى و لكن عند اصحاب الشافعي عدم الصحة في هذه الصورة قال الرافعي و لو قال جعلت لك هذه الدار عمرى او حياتى الثالثة اذا قيد الواهب العمرى بعمر اجنبى بان قال جعلت هذه الدار لك عمر زيد فهل يصح قال الرافعي اجرى فيه الخلاف فيما اذا قال عمرى او حياتي فعلى هذا فالاصح عدم الصحة لخروجه عن اللفظ الوارد فيه الرابعة اذا لم يشترط الواهب الرجوع بعد موت المعمر لنفسه بل شرطه لغيره فقال فاذامت فهي لزيد قال الرافعي يصح و يلغو الشرط و كذا لو قال اعمرتك عبدى فاذا مت فهو حر يصح و يلغو الشرط على الجديد الخامسة اذا لم يذكر العمر في العقد بل اورده بصيغة الهبة كما اذا قال وهبتك هذه الدار فاذا مت رجعت اليّ فهذا لا يصح قال =>

و معناه أن يجعل داره له مدة عمره و إذا مات ترد عليه

الشافعي في الجديد و أحمد رحمهما الله تعالى و هو قول (١) جابر بن عبد الله و عبد الله بن عباس و عبد الله بن عمر و علي رضي الله تعالى عنهم و روى عن شريح و مجاهد و طاووس و الثوري رحمهم الله تعالى و قال مالك و الليث رحمهما الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في القديم العمرى تمليك المنافع لا تمليك العين و يكون للمعمر السكنى فإذا مات عادت إلى المعمر و إن قال له و لعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت إلى المعمر و في الجواهر أما العمرى فصورتها أن يقول اعمرتك داري أو ضيعتي فانه قد وهب له الانتفاع بذلك مدة حياته فحكمها الجواز فاذا مات رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر فان قال أعمرتك و عقبك فانه قد وهب له و لعقبه الانتفاع ما بقى منهم إنسان فاذا لم يبق منهم أحد رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر لأنه وهب له المنفعة و لم يملك الرقبة و كذلك إذاقال اسكنتك هذه الدار عمرك أو وهبتك سكناها عمرك أو قال هي لك سكنى أو لك و لعقبك سكنى فاذا مات المعمر أو انقرض عقبه بعد وفاة المعمر الواهب رجعت الرقبة إلى وارث المعمر يوم مات انتهى (و معناه) أى معنى العمرى اراد تفسيره (أن يجعل داره له) أى للمعمر له (مدة عمره) أي مدة عمر المعمر له (و إذا مات) أى المعمر بفتح الميم الثانية (ترد) أى الدار (عليه) أي على المعمر بكسر الميم الثانية و قيل صورته أن يقول أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت فاذا مت فهي رد عليّ أو نحو هذا سميت عمرى لتقييدها بالعمر فان قلت روى عن ابن الأعرابي لم يختلف العرب في العمرى و الرقبى و المنحة الافقار و الإخبال و العرية و العارية و السكنى و الاطراق انها على ملك أربابها و منافعها لمن جعلت له و نقل إجماع أهل المدينة على ذلك قلت دعوى اجماع أهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثيرمن الصحابة رضى الله تعالى عنهم و قوله إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضرنا إذا نقلها الشارع إلى تمليك الرقبة كما في الصلاة و الزكاة

=> الرافعى ظاهر المذهب فساد الهبة و الوقف بالشروط التى يفسد بها البيع بخلاف العمرى لما فيها من الاخبار. السادسة اذاتى بما يقتضى العمرى و لكن بصيغة البيع فقال ملكتك هذه الدار بعشرة عمرك فنقل الرافعى عن ابن كج انه قال لا ينعقد عندى جوازه تفريعا على الجديد و قال ابو على الطبرى لا يجوز قال شيخنا ما قاله ابو على هو الصحيح نقلا و توجيها فقد جزم به ابن شريح و ابو اسحاق المروزى و الماوردى و ما نقله عن ابن كج احتمال و قال به ابن خير ان فيما حكاه صاحب التحرير. السابعة هل تجوز الوصية بالعمرى بأن يقول اذا مت فهذه الدار لزيد عمره كما يجوز تنجيزها فقال به الرافعى و لكنها تعتبر من الثلث. الثامنة لا يجوز تعليق العمرى بغيرموت المعمر كقوله اذا مات فلان فقد اعمرتك هذه الدار. (١)و هو قول جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه الخ كذا فى العمدة.

فيصح التمليك و يبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة و الرقبى باطلة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى جائزة لأن قوله داري لك تمليك و قوله رقبى شرط فاسد كالعمرى و لهما أنه عليه الصلاة و السلام أجاز العمرى و رد الرقبى

(فيصح التمليك و يبطل الشرط لما روينا) من أنه عليه الصلاة و السلام أجاز العمرى و أبطل الشرط (و قد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة و الرقبى باطلة عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به (١) قال الحسن و مالك رحمهما الله تعالى و هي أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على انك إن مت قبلي عادت إليّ و إن مت قبلك فهي لك و لعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً سميت رقبي لأن كل واحد يرقب موت صاحبه و قال الحسن بن زيادٌ في المجرد و ان قال قد أرقبتك داري هذه كانت عارية و إن قال هي لك رقبى كانت هبة إذا دفعها اليه و قال الكرخيّ في مختصره و قال محمد رحمه الله تعالى في املائه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا قال الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى و دفعها إليه أو قال هذه الدار لك حبيس و دفعها إليه فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذها أخذها قال محمد رحمه الله تعالى و هذا قولنا ايضاً ثم قال و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى و أنا أرى أنه إذا قال هى لك حبيس فهى له اذا قبضها و قوله حبيس باطل و كذلك إذا قال هي لك رقبى و قال شيخ الاسلام خواهر زادهٌ في مبسوطه إذا قال داري لك رقبى أو داري لك هذه حبيس قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لا يكون هبة و روى الحسنٌ عن أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى انه يكون عارية و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يكون هبة (و قال أبويوسف رحمه الله تعالى جائزة) و به (٢) قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (لأن قوله داري لك تمليك و قوله رقبى شرط فاسد) لأنه تعليق بالخطر إن كان الرقبى ماخوذا من المراقبة و إن كان ماخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار (كالعمرى) في الجواز (و لهما) أي لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه عليه الصلاة و السلام) أى أن النبى ﷺ (أجاز العمرى و رد الرقبى) و قال ابن قدامةٌ في المغني (٣) و حديثهم أنه عليه الصلاة و السلام أجاز العمرى و أبطل الرقبى لا نعرفه و قال الاترازيّ هذا لا يوجب الطعن فإن الثقات مثل مالك و أبي حنيفة رحمه الله تعالى تمسكوا به قلت هذا الكلام لا يرضى به

---

(١)و به قال الحسن و مالك رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى ص٣١١ ج٦. (٢)و به قال الشافعى و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى العمدة ص١٧٩ ج١٣ و المغنى ص٣١١ ج٦. (٣)المغنى ص٣١٢ ج٦.

....

الخصم و لا يقنع به و كيف و لم يبين فيه من هم رواته و ما حالهم و من أي صحابي رضي الله تعالى عنه أخرج و من خرجه من أهل هذا الشأن و في المبسوط حديث أبي يوسف رحمه الله تعالى مروي عن أبي الزبير عن جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ أجاز العمرى و الرقبى و حديث أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى مروى عن الشعبي عن شريح رحمه الله تعالى أن النبي ﷺ أجاز العمرى و رد الرقبى و الحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما فنقول الرقبى قد تكون من الارقاب و قد تكون من الترقب حيث قال أجاز الرقبى يعنى إذا كان من الارقاب بأن يقول رقبة داري لك و حيث قال رد الرقبى إذا كان من الترقب و هو أن يقول أراقب موتك فراقب موتي فإن مت فهي لك وإن مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر و هو موت المملك قبله و ذلك باطل ثم لما احتمل المعنيان جميعا و الملك لذي اليد فيها ثابت بيقين فلا يزيله بالشك و إنما يكون قوله داري لك تمليكا إذا لم يفسر هذه الإضافة بشيء أما إذا فسرها بقوله رقبي أو حبيس يتبين به أنه ليس بتمليك كما لو قال داري لك سكنى تكون عارية و قوله إنه من الارقاب بمعنى رقبة داري لك الإشتقاق من الرقبة مما لم يقل به أحد و إيداع الشيء في اللغة بعد إستقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن و الصواب أنه بمعنى المراقبة و الترقب و أما قوله الحديثان صحيحان فإن كان كذلك فالتأويل ظاهر و هو أن يراد بالرد و الإبطال شرط الجاهلية و بالاجازة أن يكون ذلك تمليكاً مطلقاً و يدل عليه ما روى جابر رضي الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة و السلام قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فمن أعمر شيئاً فهي له ألا ترى أنه عليه الصلاة و السلام نهى ثم أجاز على اختلاف الغرضين و يبقى الاشتقاق على أصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى انتهى قلت قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أقوى و هو مذهب أحمد و الثوري رحمهما الله تعالى و ذلك لأن حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال العمرى جائزة لأهلها و الرقبى جائزة لأهلها رواه (١)أبو داود و النسائي رحمهما الله تعالى و حسنه الترمذي رحمه الله تعالى و أخرج (٢) النسائي رحمه الله تعالى أيضاً عن حجاج بن أرطأة عن أبي الزبير عن طاووس عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما العمرى جائزة لمن أعمرها و الرقبى جائزة لمن أرقبها و قال ابن المنذر و روينا (٣) عن

---

(١)رواه ابو داود رحمه الله تعالى في البيوع باب في الرقبى ص١٤٥ ج٢ و النسائى رحمه الله تعالى في كتاب العمرى ص١٣٩ ج٢ و الترمذى رحمه الله تعالى في الاحكام باب ما جآء في الرقبى ص١٦١ ج١. (٢)أخرج النسائى رحمه الله تعالى في كتاب الرقبى ص١٣٨ ج٢. (٣)روينا عن على رضى الله تعالى عنه الخ و مثله مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه رواه النسائى رحمه الله تعالى في كتاب الرقبى ص١٣٨ ج٢.

و لأن معنى الرقبي عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته و هذا تعليق التمليك بالخطر فبطل وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به

علي رضي الله تعالى عنه أنه قال الرقبى و العمرى سواء و قوله الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد فيه نظر لأنه لا يلزمه في صحة الاشتقاق النص عليه من جهة أحد بل كل موضع يوجد فيه حد الاشتقاق و شرائطه يصح أن يقال هذا مشتق من ذلك و ههنا كذلك على ما لا يخفى (و لأن معنى الرقبى عندهما) أى عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (إن مت قبلك فهو لك و اللفظ من المراقبة) يعني مشتق منها (كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل) أراد بالخطر موت المملك قبله (و إذا لم تصح) أي الرقبى (تكون) أى الدار (عارية عندهما) أى عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به) و حاصل (١) اختلافهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة فحمل أبو يوسف رحمه الله تعالى هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب فى الرجوع فالتمليك جائز و انتظار الرجوع باطل كما في العمرى و قالا المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتاً فكان هذا تعليق التمليك بالخطر و ذا باطل وفي الاسرار حمل أبو يوسف رحمه الله تعالى حديث بطلان الرقبى على أنه عليه الصلاة و السلام سئل عن الرقبى التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي إن مت قبلك فهي لك فعلى هذا الوجه لا يصح بالإتفاق و علي الوجه الأول كالعمرى فيصح بالإتفاق.

(١)حاصل اختلافهم الخ قال العثمانيؒ فى الاعلاء باب الرقبى ص١٢٩ ج١٦ الرقبى جائزة كالعمرى و هو مذهب ابى يوسف رحمه الله تعالى و روى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى أن الرقبى باطلة فان كان معناه أن الهبة صحيحة و نافذة على الاطلاق و شرط الرجوع إلى الواهب أو إلى وارثه بعد موت الموهوب له باطل فلا كلام و إن كان معناه أن الهبة ليست بصحيحة فمحمله أن يكون ملك الموهوب له فيها معلقا بموت الواهب و حينئذ لا يعارض حكم البطلان حكم الجواز المذكور فى الاحاديث لأن الحكم المذكور فى الاحاديث إنما هو إذا كان ملك الموهوب له منجزا لكن يشترط فيه الرجوع إلى الواهب بعد موت الموهوب له و حكم البطلان فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان ملك الموهوب له معلقا بموت الواهب قبله فلا تعارض قال مجاهدؒ: الرقبى هو أن يقول الانسان هو للآخر مني و منك أخرجه ابوداود رحمه الله تعالى فى سننه و كذا قال عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنه: و الرقبى أن تقول هى للآخر مني و منك رواه الطبرانيؒ فى الاوسط و فيه راو اختلف فيه وثقه ابن معينؒ فى رواية كما فى مجمع الزوائد و لا يخفى أن الرقبى بهذا المعنى باطل لأن فيه تعليق الملك على الخطر هذا هو قول ابى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال عطاءؒ: الرقبى أن يقول الرجل للرجل هى لك حياتك فان فعلتم فهو جائزة أخرجه النسائى رحمه الله تعالى فى سننه و ما قال عطاءؒ هو قول ابى يوسف رحمه الله تعالى فالنزاع لفظى راجع إلى تفسير الرقبى اهـ.

فصل في الصدقة

قال و الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة و لا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب و قد حصل و كذلك إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب و قد حصل و كذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو

(فصل في الصدقة)

لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط و خالفتها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة و فصل لها فصلاً (قال) أي القدوري (و الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض) قال الأترازي لما روى أصحابنا في نسخ المبسوط عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة و هذا الحديث حجة على الشافعي رحمه الله تعالى في تجويزه الصدقة بلا قبض قلت للشافعي رحمه الله تعالى أن يقول هذا ليس ثابت و لئن ثبت فهذا قول الصحابى رضى الله تعالى و قول الصحابي رضى الله تعالى عنه ليس بحجة عندي (لأنه) أي لأن الصدقة و التذكير باعتبار التصدق (تبرع كالهبة فلا تجوز (١) في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة) أراد به قوله لأن في تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه و هو القسمة (و لا (٢) رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب و قد حصل) أي المقصود فصارت كهبة عوض عنها فإن قلت حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فمن أين يقطع بحصوله قلت يمكن أن يكون المراد به حصول الوعد بالثواب (و كذلك إذا تصدق على غني) يعني لا يرجع (استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب و قد حصل) أى الثواب فان من له نصاب و له عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على نيل الثواب و لهذا يتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه و لا رجوع فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك و في القياس ينبغي أن يرجع لأن الصدقة في حق الغني هبة و به قال بعض أصحابنا لأنه إنما يقصد به العوض منه دون الثواب فصارت الهبة و الصدقة فيه كالصدقة و الهبة في حق الفقير سواء (و كذا إذا وهب لفقير) يعني لا يرجع (لأن المقصود) من الهبة للفقير (هو

---

(١)فلا تجوز فى مشاع الخ و فى البحر: فان قلت قد تقدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله و صح تصدق عشرة لفقيرين قلت المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فانه لا شيوع كما تقدم اه. (٢)لا رجوع الخ و فى الخانية: ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة و قال الموهوب له صدقة فالقول للواهب.

الثواب و قد حصل قال و من نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة و من نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع و يروى أنه و الأول سواء و قد ذكرنا الفرق و وجه الروايتين في مسائل القضاء و يقال له أمسك ما تنفقه على نفسك و عيالك إلى أن تكتسب مالاً فإذا اكتسب يتصدق

الثواب و قد حصل) أى المقصود (قال) أي القدوري (و من نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة) اعتباراً لايجابه بايجاب الله فيتصدق بالنقدين و عروض التجارة و السوائم و الغلة و الثمرة العشرية و الأرض العشرية و لا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة و قال زفر يجب إخراج الجميع لعموم اللفظ و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال الشعبي لا يلزمه شيء و قال الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في رواية يجب إخراج الثلث كالوصية و في الروضة لو قال مالي صدقة أو في سبيل الله ففيه أوجه أحدها: و هو الأصح عند الغزالي و قطع القاضي حسين به أنه لغو لأنه لم يأت بصيغة الالزام و الثاني: أنه كما لو قال عليّ أن أتصدق بمالي فيلزمه التصدق و الثالث: يصير ماله بهذا اللفظ صدقة و ذكر في التتمة إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه فهو كما لو قال عليّ أن أتصدق بمالي أو أنفقه في سبيل الله و إلا فلغو و أما إذا قال إن كلمت فلاناً أو فعلت كذا فمالي صدقة فالذي قطع به الجمهور و نص عليه الشافعي رحمة الله تعالى أنه بمنزلة قوله فعليّ أن أتصدق بمالي أو بجميع مالي و طريق الوفاء أن يتصدق بجميع ماله و إن قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الفقراء انتهى و ذكر في غيره انه إن علقه بشرط المنع كان يميناً فإذا حنث فعليه كفارة و الله أعلم (و من نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع) أي بجميع ما يملكه لأن الملك أعم من المال لأنه قد يملك غير المال مثل القصاص و النكاح و الخمر فوجب العمل بعمومه و لكن يحبس قدر ما ينفق على نفسه و عائلته إلى أن يكتسب مالاً آخر فيخرج مثله و لا يقدر بشيء لأن الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات (و يروى أنه) أي الملك (و الأول) أي المال (سواء) لأن الملك عبارة عن الربط و الشد و المال ما يميل إليه القلب فيكون في معنى الربط و الشد فيتناسبان و هذه الرواية هى رواية الحاكم الشهيد (و قد ذكرنا الفرق) أي بين المال والملك (و وجه الروايتين في مسائل القضاء) أي من هذا (١) الكتاب في مسألة مالي فى المساكين صدقة (و يقال له) أي للناذر بتصدق ملكه (أمسك ما تنفقه على نفسك و عيالك إلى أن تكتسب مالاً فإذا اكتسب يتصدق

---

(١) هذا الكتاب. أى البناية ص٣١٣ ج١١.

بمثل ما أنفق و قد ذكرناه من قبل.

بمثل ما أنفق و قد ذكرناه من قبل) أي في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث و في الغاية ثم إنه يمسك قوته في قوله جميع ما أملك صدقة لأنه لا بد له منه و لكن لم يبين محمد رحمه الله تعالى في المبسوط و الجامع الصغير مقدار ما يمسك من القوت فقال مشايخنا إن كان دهقاناً يمسك قوة سنة لأن القوة للدهقان تتجدد كل سنة و إن كان تاجراً يمسك قوت شهر لأن التجارة للتاجر لا تنفق كل حين و إنما تنفق في بعض الأحايين فقدرنا بالشهر و إن كان محترفا يمسك قوت يومه لأنه يتجدد له قوت كل يوم ثم إذا وجد شيئاً يتصدق بمقدار ما أمسك للقوت لأنه استهلك قدر القوت من المال الذي لزمه التصدق به فصار ضامناً لمثله فروع (١): و في الفتاوى الكبرى إذا تصدق عن الميت أو دعى له يصل ثواب ذلك إلى الميت و به قال أحمد رحمه الله تعالى إذا قال لله على أن أتصدق بهذا الدرهم و لم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه كذا في الذخيرة رجل أخرج الخبز إلى المسكين فلم يجده فهو بالخيار إن شاء أدى إلى مسكين آخر و إن شاء لم يؤد لأنه لم يخرج عن ملكه كذا في التجنيس رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز و عليه الفتوى كذا في النوازل و لوقال داري في المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها و إن تصدق بقيمتها أجزأه كذا في الإختيار.

(١)فروع الخ و فى الهندية: الهبة لا تصح الا بقبول بالقول و استحسن فى صحة الصدقة من غير قبول بالقول لجريان العادة فى كافة الاعصار بالتصدق على الفقراء من غير اظهارهم القبول بالقول. كذا فى القنية و الصدقة الفاسدة كالهبة الفاسدة كذا فى الوجيز للكردرى و لو تصدق على غنيين جاز فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى و هو قولهما و لو تصدق على فقيرين جاز بالاجماع كذا فى السراجية و لو تصدق بقطعة نقرة على فقيرين جاز اتفاقاً كذا فى التهذيب رجل وهب لمساكين هبة و دفعها اليهم لم يرجع فيها استحسانا و فى القياس يرجع كذا فى المبسوط و اذا أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة و لم ينص على الصدقة فلا رجوع فيه استحسانا كذا فى الذخيرة رجل فى يده دراهم فقال لله عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيرها قال نصير رحمه الله تعالى جاز و ان لم يتصدق حتى هلكت الدراهم فى يده فلا شئ عليه كذا فى فتاوى قاضى خان و فى الفتاوى سئل ابن سلمة عمّن تصدق على امرأة وهى معسرة غير أن لها زوجا موسرا قال ان كان الزوج يوسع عليها النفقة فهى موسرة بغنى الزوج كذا فى الحاوى للفتاوى و فى المنتقى ابراهيم عن محمد رحمه الله تعالى رجل تصدق على رجل بصدقة و سلمها اليه ثم استقاله الصدقة فأقاله لم يجز حتى يقبض لأنها هبة مستقلة و كذلك الهبة اذا كانت لذى رحم محرم و قال كل شئ لا يفسخه القاضى اذا اختصما اليه فهذا حكمه و كل شئ فسخه القاضى اذا اختصما اليه فاقاله الموهوب له فهو مال للواهب و ان لم يقبض يجب أن يعلم بأن الصدقة لا تقبل الاقالة و الفسخ فيجعل اقالة الصدقة تمليكا مبتدأ و هبة مبتدأة كذا فى المحيط قال أبو يوسف رحمه الله تعالى و لو تناقضا الصدقة فمات =>

=> المتصدق عليه قبل أن يقبضها المتصدق فان المناقضة باطلة و لو كان ذلك في هبة كانت المناقضة جائزة كذا في البحر الرائق عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو أعطى رجلا دارا على أن نصفها صدقة عليه و نصفها هبة و قبض الرجل فله أن يرجع في نصف الهبة لأن كل نصف على حدة و الشيوع لا يمنع الرجوع كذا في محيط السرخسي اذا تصدق بداره على امرأته و على ما في بطنها و هي حامل لم يجز شئ من الصدقة و لو قال لها تصدقت عليك و على غلامي أو قال عليك و على نفسي بهذه الدار لم يجز و لو قال تصدقت عليك و على الرجل الذي في هذا البيت و ليس فيه أحد انما هذا بمنزلة رجل قال تصدقت بهذه الدار على بني الصغار الثلاثة و هو يظن أنهم أحياء و كان بعضهم ميتا و هو لا يعلم فالصدقة باطلة و لو قال هذا و هو يعلم بموت من مات منهم جازت الصدقة و كلها للحي أشار إلى أن الايجاب اذا وقع لمن يملك و لمن لا يملك بوجه من الوجوه كان الايجاب بكماله لمن يملك و عند ذلك لا يتمكن الشيوع أصلا فيجوز الايجاب و اذا وقع الايجاب لشخصين كل واحد ممن يملك بوجه من الوجوه فالايجاب يكون لهما و عند ذلك يتمكن الشيوع من أحد الجانبين فيمنع جواز الايجاب على قول من يرى الشيوع من أحد الجانبين مانعا هكذا في المحيط و اذا تصدق على رجل بصدقة و سلمها اليه ثم مات المتصدق عليه و المتصدق وارثه فورث تلك الصدقة فلا بأس عليه في الاصابة منها كذا في الظهيرية اذا قال جعلت غلة داري هذه صدقة في المساكين أو قال داري هذه صدقة في المساكين فما دام حيا يؤمر بالتصدق و اذا مات قبل تنفيذ الصدقة فالدار و الغلة ميراث عنه كذا في الذخيرة و ان كان حيا و تصدق بقيمتها أجزأه كذا في المبسوط و لو قال مالي صدقة في المساكين ان فعلت كذا ففعل قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يدخل الا الصامت و أموال التجارة و لا يدخل ماله على الناس كذا في الملتقط قال الخجندي اذا قال لله عليّ أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي يدخل فيه ما يملك وقت النذر فيجب أن يهدي ذلك كله الا قوته فاذا استفاد مالا آخر أهدى مثله هكذا في السراج الوهاج و لو قال لله عليّ أن أتصدق بهذا الثوب فعليه أن يتصدق بقيمته و يمسك الثوب و له أن يتصدق بثمنه كذا عن خلف و الفقيه و كذا لو أوصى بالتصدق بهذا الثوب كذا في الملتقط ذكر هلال بن يحيى في وقفه لو قال أرضي صدقة في المساكين لا تصير صدقة لأنها مجهولة و لو قال أرضي هذه صدقة و أشار اليها و لم يحددها تصير صدقة لأن الارض بالاشارة صارت معلومة و كذلك لو حددها و لم يشر اليها لأنها بالتحديد صارت معلومة فاستغنى عن الاشارة و تكون هذه صدقة التمليك لا صدقة موقوفة كذا في محيط السرخسي و في فتاوى آهو رجل دفع الى رجل عشرة و قال تصدق بها على فلان الفقير فتصدق بعشرة من عند نفسه و أمسك تلك العشرة قال القاضي بديع الدين يضمن بالاتفاق رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم أو مائة من من حنطة و قال ادفع الى فلان الفقير فدفع الى غيره في الحاوي أنه يضمن و قال ظهير الدين رحمه الله تعالى لا يضمن لأن المقصود ابتغاء مرضات الله تعالى و قد وجد في حق فقير كذا في التتارخانية محتاج معه دراهم فالانفاق على نفسه أفضل من التصدق على الفقراء و ان آثرهم على نفسه فهو أفضل بشرط أن يعلم من نفسه حسن الصبر على الشدة و ان خاف أن لا يصبر ينفق على نفسه كذا في الملتقط و سئل بعضهم عن التصدق على المكدين الذين يسألون الناس الحافا و يأكلون اسرافا قال ما لم يظهر لك أن ما تتصدق عليه ينفق في المعصية أو هو غني لا بأس بالتصدق عليه و هو مأجور بما نوى من سد خلته كذا في الحاوي للفتاوى الصبي اذا تصدق بماله باذن الاب لا يصح كذا في =>

....

....

=> السراجية ذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا تصدق بعبد آبق له على ابنه الصغير لا يجوز و روى المعلى عنه أنه يجوز فحصل عنه روايتان كذا في الظهيرية رجل في يده دار فتصدق بها على ولده الصغير و لم يقل قبضهتا له ثم أخرجها من يده فبلغ الصبي و أقام البينة على قول الاب فالدار له كذا في التتارخانية التصدق بثمن العبد على المحتاجين أفضل من الاعتاق كذا في السراجية رجل تصدق على الميت أو دعا له فانه يصل الثواب الى الميت اذا جعل ثواب عمله لغيره من المؤمنين جاز كذا في السراجية تصدق على فقير بطازجة على ظن أنه فلس ليس له أن يستردها ظاهرا قال القاضي عبد الجبار ان كان قال قد ملكت منه فلسا ثم ظهر أنه طازجة له أن يستردها و ان قال ملكت هذا لا يسترد قال سيف السائلي لا يسترد في الحالين كذا في القنية رجل أخرج الدارهم من الكيس أو من الجيب ليدفعها الى مسكين ثم بدا له فلم يدفع فلا شئ عليه من حيث الحكم كذا في السراجية و لو تصدق بأدمة و دفعها و عليها ثياب أو حلي جاز و يكون الثوب و الحلي للذى تصدق بها كذا في خزانة المفتين و قال محمد بن مقاتل فيمن قال لآخر كل منفعة تصل اليّ من مالك فعليّ أن أتصدق بها فان وهب له شيأ وجب عليه أن يتصدق به و ان أذن له أن يأكل من طعامه فانه لا يحل له أن يتصدق به و انما يحل له أن يأكل من طعامه كذا في الحاوى للفتاوى و عن الحسن البصريؒ فيمن يخرج كسرة إلى مسكين فلم يجده قال يضعها حتى يجئ آخر و ان أكلها أطعم مثلها قال ابراهيم النخعيؒ مثله و قال عامر الشعبيؒ هو بالخيار ان شاء قضاها و ان شاء لم يقضها لا تجوز الصدقة الا بالقبض و قال مجاهدؒ من أخرج صدقة فهو بالخيار ان شاء أمضى و ان شاء لم يمض و عن عطاءؒ مثله قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى و هو المأخوذ به كذا في المحيط اختلفوا في التصدق على سائل المسجد قالوا لا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع لأن ذلك اعانة على أذى الناس و عن خلف بن أيوب رحمه الله تعالى قال لو كنت قاضيا لم أقبل شهادة من تصدق على سائل المسجد و عن أبي بكر بن اسماعيل الزاهد رحمه الله تعالى قال هذا فلس واحد يحتاج الى سبعين فلسا لتكون تلك السبعون كفارة عن الفلس الواحد و لكن يتصدق قبل أن يدخل المسجد أو بعد ما خرج منه كذا في فتاوى قاضي خان و في تجنيس الناصرى اذا قال السائل بحق الله أو بحق محمد ﷺ ان تعطيني كذا لا يجب عليه في الحكم و الاحسن في المروءة انه يعطيه و عن ابن المبارك قال يعجبني إذا سأل سائل لوجه الله تعالى أن لا يعطى كذا في التتارخانية و الله سبحانه اعلم.

بفضل الله تعالى و كرمه و منّه تم الجزء الثاني عشر

و يليه الجزء الثالث عشر بتوفيق الله تعالى و عونه

و مطلعه كتاب الاجارات

مسعود احمد بن فيض احمد

غفر لهما الله الاحد الاوحد

٥ ذو الحجة ١٤٢٢هـ